



Fundação Bissaya-Barreto

Instituto Superior Bissaya-Barreto

Os Poderes dos Credores no Plano de Insolvência

**Dissertação para a obtenção do grau de mestre em Direito, na
especialização em ciências jurídico-forenses**

Orientador: Professor Doutor Rui Alarcão

Mestrando: Adalberto Cláudio Samba Donge

Junho/2012

Índice Geral

Índice de abreviaturas.....	5
Resumo.....	6
<i>Abstract</i>	6

Introdução

1. Razão de orem.....	7
2. O objeto de estudo.....	7
3. Estrutura do trabalho.....	9

Parte I

Sobre o Direito da Insolvência

1. Aspectos gerais.....	10
2. Breves notas históricas.....	12
3. Da falência à insolvência. As reformas no direito da insolvência.....	16
3.1. O primado da recuperação.....	16
3.2. A reforma francesa.....	16
3.3. A reforma alemã.....	17
3.4. A reforma britânica.....	18
4. A evolução do regime da insolvência em Portugal.....	19
4.1. As fases da evolução.....	19
4.2. O sistema da <i>falência-liquidação</i>	19
4.3. O sistema da <i>falência-saneamento</i>	23
4.4. O regresso ao sistema da <i>falência-liquidação</i>	25

Parte II

Os poderes dos credores no plano de insolvência

1. Ponto de partida. A colocação do problema.....	26
2. CPEREF <i>versus</i> CIRE. O confronto de regimes.....	27
3. O plano de insolvência.....	32
3.1. Generalidades.....	32
3.2. <i>Genesis</i> . O <i>Insolvenzplan</i> e o <i>Reorganization Plan</i>	33
3.3. Confronto com as medidas de recuperação previstas no CPEREF...	35
3.4. Âmbito de aplicação.....	36
3.5. Conteúdo e modalidades. O problema do plano de recuperação aplicável às sociedades comerciais.....	38
3.6. Legitimidade para apresentar a proposta de plano de insolvência	42
3.7. Aprovação do plano de insolvência.....	44
3.8. Homologação do plano de insolvência.....	47
3.9. Natureza jurídica e aproximação ao conceito de plano de insolvência.....	50

Parte III

A problemática dos “excessivos” poderes dos credores

1. Ponto de chegada.....	54
2. O papel dos credores na recuperação da empresa.....	55
3. O papel dos trabalhadores na empresa e o interesse na sua preservação	56
4. Liquidação <i>versus</i> Recuperação. O interesse particular dos credores <i>versus</i> interesse socioeconómico da coletividade.....	59
5. O papel do Ministério Público enquanto garante do interesse público	61
6. O papel das empresas no desenvolvimento socioeconómico das sociedades e as consequências da sua extinção.....	63
6.1. O interesse na conservação da empresa.....	63
6.2. A lei brasileira e o princípio da função social da empresa.....	65

6.3. A <i>Ley Concursal</i> espanhola.....	67
7. Proprietários económicos da “empresa” ou da “sociedade”?.....	68
8. A falácia da recuperação.....	69
9. O CIRE e a tendência das legislações europeias.....	72
10. Sobre a possível (in)constitucionalidade do artigo 198.º, n.º 2 do CIRE	76
11. Os credores podem, no âmbito do conteúdo do plano de insolvência, tomar as decisões que bem entenderem?.....	81
11.1. Os limites do (abuso do) direito.....	81
11.2. O possível recurso à analogia.....	83
12. A nova redação do artigo 1.º do CIRE e o novo processo especial de revitalização. Mudança de paradigma ou mais do mesmo?.....	85
Considerações finais.....	90
Bibliografia.....	94

Índice de abreviaturas

AA – autores

Ac. – Acórdão

art(s). – artigo(s)

cit. – citado(a)

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e da Falência

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

EMP – Estatuto do Ministério Público

LC – *Ley Concursal*

InsO – *Insolvenzordnung*

LGT – Lei Geral Tributária

loc. – lugar

p(p). – página(s)

ob. – obra

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

USBC – *United States Bankruptcy Code*

USC – *United States Code*

VV – vários

Resumo

O presente estudo tem como propósito analisar os poderes dos credores no plano de insolvência, e refletir se o atual regime é o mais adequado, ou seja, se a liberdade que é dada aos credores para decidir livremente sobre os destinos da empresa insolvente não irá contribuir para um aumento do número de insolvências e consequentemente para uma destruição do tecido empresarial.

Para alcançarmos tal objetivo, iremos contrapor os dois regimes mais recentes, o CPEREF e o CIRE, dissecando as principais diferenças, continuaremos com uma análise ao regime do plano de insolvência e finalizaremos com algumas reflexões sobre as consequências dos poderes dos credores, concluindo que os mesmos são excessivos, e que a total liberdade que é dada aos credores pode pôr em causa outros interesses de valor superior.

Abstract

This study is to examine the powers of the creditors in the insolvency plan, and reflect if the current regime is the most appropriate, that is, if the freedom that is given to the creditors to decide freely on the destinations of insolvent company will not contribute to an increase in the number of insolvencies and consequently for a destruction of the fabric business.

To achieve this objective, we will oppose the two regimes more recent, the CPEREF and CIRE, dissecting the main differences, we will continue with a review to the insolvency plan regime and we conclude with some reflections on the consequences of the powers of the creditors, concluding that they are excessive, and that total freedom that is given to the creditors may compromise other interests of higher value.

Introdução

1. Razão de ordem

Escolhemos abordar a temática da Insolvência no Direito Português, em especial os poderes dos credores no plano de insolvência. Não só porque tem sido um tema que está na ordem do dia, mais em destaque ainda pela recente grave crise económico-financeira que abalou o mundo, mas igualmente porque é uma matéria que vem despertando a nossa atenção ainda desde os tempos de licenciatura.

Por outro lado, embora já sendo significativa a doutrina sobre o actual regime da insolvência, é ainda escassa ou quase nenhuma a que aborde em especial o plano de insolvência e os poderes dos credores no âmbito do mesmo, o que terá suscitado ainda mais a nossa curiosidade.

O estudo sobre os poderes dos credores no âmbito do plano de insolvência revela-se assim um tema de grande importância não só pessoal como igualmente académica.

2. O objecto de estudo

O direito da insolvência é o resultado da expansão e modernização do comércio. Na verdade, o comércio já existe desde os tempos antigos, embora na altura o comerciante encarava a sua “empresa”, única e exclusivamente, como a sua fonte de rendimentos. Ora com a revolução industrial e com a consequente profissionalização do comércio, o comerciante sentiu a necessidade de interagir aquela com outros sujeitos que não apenas os seus clientes: v.g., os fornecedores, as instituições de crédito, os trabalhadores, e até, eventualmente, o proprietário do prédio que o comerciante tomou de arrendamento para instalar a sua empresa. Neste sentido, a crise da empresa e a sua possível extinção passaram a repercutir-se não só na esfera jurídica do comerciante mas sobre todos os outros interessados a quem aquele passou a ser devedor.

O regime da insolvência passou por várias fases de evolução e Portugal não foi excepção tendo a sua legislação falimentar passado por várias reformas. As duas últimas reformas puseram em confronto dois regimes completamente distintos: o regime do CPEREF, tinha como primado a recuperação da empresa, enquanto o actual CIRE dá prevalência ao interesse dos credores e à satisfação dos seus créditos. Este último regime trouxe como grande novidade a possibilidade de os credores poderem aprovar um plano de insolvência para melhor satisfazerem os seus interesses, sendo que serão os poderes dos credores no âmbito do plano de insolvência o objecto de estudo do nosso trabalho.

Veritas os credores no âmbito do plano de insolvência aumentaram significativamente os seus poderes, podendo inclusive aprovar um processo de liquidação distinto do previsto no CIRE, e por outro lado decidir-se pela recuperação ou pela liquidação da empresa independentemente de a mesma ter ou não viabilidade económica. Ora esta última possibilidade é precisamente o cerne da questão, ou seja, será que esta medida é a mais adequada para o normal funcionamento da economia? Será que o livre arbítrio dos credores é o ideal para o bom funcionamento dos mercados, ou não será mais uma “mão invisível” e com resultados drásticos?

Não obstante isto, os credores podem, através do plano de insolvência aprovar medidas que interferem com a própria estrutura da sociedade comercial e já não apenas sobre a empresa insolvente, contrariando os princípios societários. Tal situação leva-nos a questionar se através do processo de insolvência os credores tornam-se verdadeiros proprietários da sociedade, e não apenas proprietários económicos da empresa, como a lei nos quer fazer crer.

São estas e outras questões que procuraremos responder ao longo da elaboração do presente estudo.

Por outro lado, convém realçar que sendo o objecto de estudo os poderes dos credores no plano de insolvência, ficam de fora do âmbito do presente trabalho os outros poderes dos credores no âmbito do regime da insolvência em geral, ficando de fora igualmente o plano de pagamentos, figura próxima do plano de insolvência. Qualquer referência aos mesmos será meramente pontual.

3. Estrutura do trabalho

O presente trabalho estará dividido em três partes:

I – Na primeira parte abordaremos em breves traços o direito da insolvência, nomeadamente, aspectos históricos, a sua evolução e as reformas mais significativas.

II – Na segunda parte iremos analisar os poderes dos credores no plano de insolvência, começando por fazer, antes de mais, um confronto entre os regimes do CIRE e do CPEREF, faremos igualmente referência ao regime do plano de insolvência, nomeadamente confrontando o mesmo com as medidas de recuperação previstas no CPEREF, o seu âmbito de aplicação, conteúdo e modalidades, legitimidade para apresentação de propostas de plano, aprovação, e homologação do mesmo, e finalmente natureza jurídica e uma aproximação ao conceito de plano de insolvência.

III – A terceira e última parte estará reservada para a problemática dos “excessivos poderes dos credores”, as suas consequências e a sua possível incompatibilidade com a constituição e com os princípios gerais de direito.

Parte I

Sobre o Direito da Insolvência

1. Aspectos gerais

O termo insolvência significa, “etimologicamente”, o contrário de solvência – originária do verbo latino *solvere*, que significa resolver, pagar¹. Diferentemente, o termo falência é originário do verbo latino *fellere*, que significa fingir, induzir em erro ou falsidade nas promessas², era utilizado para manifestar a falta de confiança dos credores perante o devedor, por este não ter honrado os seus compromissos (*fidem fallente*)³.

Tradicionalmente, a falência e a insolvência eram entendidas como duas realidades distintas: a falência era um instituto reservado aos comerciantes, estando a insolvência reservada aos não comerciantes⁴. Assim, o termo falência correspondia a situação “qualitativa” do comerciante que estava incapacitado de cumprir as suas obrigações, enquanto a insolvência associava-se à situação “quantitativa” do não-comerciante que apresentasse um passivo superior ao activo⁵. Assim, enquanto o processo de falência tinha como principal objectivo a liquidação do património do falido⁶, a insolvência, por seu turno, poderá abranger não só este processo de liquidação como igualmente medidas de recuperação, sendo portanto um processo mais vantajoso do que a falência⁷. Assim – e para uma primeira aproximação ao conceito de insolvência⁸ – para que se verifique o estado de insolvência não basta que se esteja impossibilitado de cumprir as obrigações vencidas ou que se apresente um passivo manifestamente superior ao activo, é preciso que se verifique falta de liquidez financeira necessária para o cumprimento das obrigações.

¹ V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2ª Edição, Almedina, 2007, p. 409; LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 3ª Edição, Almedina, 2011, p. 15.

² PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, citado por MENEZES LEITÃO, ob. e loc., cit.

³ MENEZES LEITÃO, loc. cit..

⁴ V. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., p. 408.

⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁶ V. CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência*, 3ª Edição, Almedina, 2008, p. 15.

⁷ V. MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 409.

⁸ V. art. 3.º, n.ºs 1 e 2 do CIRE.

Por outro lado, o estado de insolvência não se verifica automaticamente, sendo sempre exigível uma sentença declaratória da insolvência, pois só ela “opera, na esfera do insolvente, a produção dos efeitos que a ordem jurídica associa à situação”⁹. Quer isto dizer que ainda que alguém se encontre impossibilitado de cumprir com as suas obrigações, seja por falta de liquidez financeira ou por insuficiência de património, esta pessoa só poderá ser tratada por insolvente quando for desencadeado, por quem tenha legitimidade, o processo adequado¹⁰.

O Direito da insolvência, definido como um “complexo de normas jurídicas que tutelam a situação do devedor insolvente e a satisfação dos direitos dos seus credores”¹¹, é portanto o ramo “jurídico-normativo” aplicável à aquele processo. Sendo que terá como principais objectivos regular¹²: 1. A situação do devedor impossibilitado de cumprir; 2. O reconhecimento e a graduação das dívidas; 3. A execução patrimonial e a respectiva satisfação dos credores; 4. Medidas de manutenção da capacidade produtiva do devedor, ou da sua recuperação; 5. A situação do devedor insolvente, entre outros.

Por outro lado, o Direito da Insolvência abrange vários ordenamentos jurídicos, não só o Direito Comercial – no que respeita aos devedores comerciantes –, como igualmente o Direito das Obrigações – quanto aos devedores civis –, o Direito do Trabalho – relativamente aos trabalhadores –, o Processo Civil – relativamente ao processo de insolvência –, Direito e Processo Penal – no que respeita aos crimes insolvenciais e o seu processo –, e o Direito Internacional Privado – quando estejam em causa insolvências internacionais¹³. Não obstante o seu carácter processual, o Direito da Insolvência é, *grosso modo*, considerado um ramo de direito privado, até porque ele “é dominado por vectores de autodeterminação e de auto-responsabilidade, colocando frente a frente pessoas iguais em direitos”¹⁴. As partes surgem em posição de igualdade, não havendo qualquer sobreposição de uma sobre a outra. Dentro do Direito privado, o Direito da insolvência insere-se no chamado Direito da Responsabilidade Patrimonial¹⁵,

⁹V. LUIS A. CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa Anotado*, Reimpressa, Quid Juris, 2009, p. 56, ponto 4.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

¹¹ MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 16.

¹²V. MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 410; MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 16.

¹³ Com a expansão do comércio internacional, sentiu-se cada vez mais a necessidade de se regulamentar os processos de insolvência além-fronteiras (v., a este propósito, o Regulamento (CE) n.º1346/2000, do Conselho de 29 de Maio, relativo aos processos de insolvência).

¹⁴ V. MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 410.

¹⁵ V. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., p. 411.

assente em dois princípios clássicos: 1. Pelo cumprimento das obrigações respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora¹⁶; 2. Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor¹⁷.

A insolvência é uma manifestação inerente às sociedades actuais aonde se verifica um constante recurso ao crédito, como bem refere Menezes Leitão, “a partir do momento em que se reconhece a legitimidade de diferir para futuro o cumprimento de obrigações, também se gera a possibilidade de esse cumprimento não vir efectivamente a ser possível nesse momento futuro”¹⁸. Daí que para alguns autores, nomeadamente italianos, a principal finalidade do processo de insolvência é a tutela do interesse público da defesa do crédito e da economia pública¹⁹.

2. Breves notas históricas

I – O Direito Romano: A falência tem as suas origens, pelo menos no que respeita ao ocidente, no Direito Romano, através da Lei das XII Tábuas²⁰.

O processo de execução por dívidas no Direito Romano tinha portanto como objecto a pessoa do devedor e não o seu património²¹. Contudo entendeu-se que tal se tratava de uma medida muito severa, e por outro lado, se o devedor tivesse bens que pudessem satisfazer os credores, então estes deviam ser executados. Neste sentido, o processo de execução por dívidas passou a ter um carácter “predominantemente”

¹⁶ V. art. 601.º, do C.C.

¹⁷ V. art. 817.º, do C.C.

¹⁸ Ob. cit., p. 16.

¹⁹ Neste sentido, CARLO D’AVACK, VITTORIO DENTI, ANGELO DE MARTINI, GIAN ANTONIO MICHELI, RENZO PROVINCIALI e VIRGILIO ANDRIOLI, todos citados por CATARINA SERRA, *A falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra Editora, 2009, pp. 293-295.

²⁰ Sobre o sistema romano de execução por dívidas e a sua evolução, v. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra, 1984, p. 186 e ss.

²¹ A Lei da XII tábuas proibia, regra geral, o recurso a ação direta como meio de execução de dívidas. Nestes termos a dívida devia ser confessada ou então o tribunal condenava o devedor no seu cumprimento. Caso este não o fizesse – e passados trinta dias sem que o devedor conseguisse pagar a dívida –, o credor apoderava-se dele, levava-o para a sua casa e mantinha-o preso. Posteriormente, o devedor era levado a três feiras públicas durante 60 dias, para que pudesse ser “resgatado” por um terceiro que eventualmente viesse a pagar o débito. Passadas as três feiras, e sem que fosse resgatado, o devedor era morto e, no caso de existirem vários credores, era esquartejado e dividido pelos mesmos.

patrimonial através da chamada *missio in possessionem*²² ou embargo de bens, e posteriormente com a aprovação da *Lex Julia*, permitiu-se que o devedor por, iniciativa própria, entregasse os seus bens aos credores (*cessio bonorum*) evitando assim o recurso ao tribunal, ou mesmo através da *bonorum venditio*, segundo o qual o património do devedor insolvente era vendido em hasta pública, sendo o produto da venda distribuído aos credores.

Em todo o caso, apenas no período justiniano é que passaram a ser possíveis os primeiros meios preventivos da insolvência: a concordata e a moratória de 5 anos²³. A concordata²⁴ consistia num acordo entre a maioria dos credores e vinculativo para as minorias (*pactum de non petendo*).

II – O Direito Intermédio: Ora, é com o rápido desenvolvimento do comércio e com a sua crescente profissionalização na Idade Média (em especial nas cidades italianas) que começou a surgir o verdadeiro conceito de falência, como refere Menezes Leitão, “a expansão do comércio incrementou significativamente a importância dos mercadores no circuito económico, dado que estes passaram a dirigir e assegurar as previsões de expansão dos mercados, captando investimentos de capital, efectuando a aquisição de matérias-primas, solicitando a sua transformação a trabalhadores a domicílio, e assegurando o seu transporte para locais de venda distantes, eventualmente recorrendo a distribuidores, concedendo por vezes aos compradores prazos de pagamento. Assim, passaram a ficar dependentes dos pagamentos regulares dos comerciantes inúmeros credores, como os banqueiros, os fornecedores de matéria-prima, os trabalhadores, os distribuidores, os senhorios dos estabelecimentos, etc”²⁵. *Hoc sensu* a lei passou a ser bastante severa com os comerciantes inadimplentes, na medida em que a sua falência poderia dar origem a um efeito dominó com consequências económicas imprevisíveis.

²² A *missio in possessionem* consistia numa ordem dada pelo pretor ou magistrado, com fundamento no seu *imperium*, permitindo que alguém se apoderasse, durante algum tempo, dos bens de outrem – ou que estivessem na posse de outrem –, com poderes de administração e de fruição. Esta podia assumir a forma de uma *missio in rem* – quando recaísse sobre uma determinada coisa ou sobre um conjunto determinado de bens – ou uma *missio in bona* – quando abrangesse todo o património do devedor ou sobre um conjunto indeterminado de bens (v. SEBASTIÃO CRUZ, ob. cit., p. 326 e 327).

²³ MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 27.

²⁴ Figura próxima do actual plano de insolvência consagrado no Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas.

²⁵ MENEZES LEITÃO, ob. cit., pp. 27-28.

Como consequência disto começaram a ser aprovadas nas principais cidades italianas – Génova, Florença, Milão, Veneza – estatutos que estabeleciam regimes específicos relativos à falência, passando a ser reprimida a fuga do devedor²⁶. A falência passava, a ser qualificada como crime, sendo punida com sanções penais muito duras, inclusive a pena de morte.

Em todo o caso, e nomeadamente através do estatuto de Florença de 1415, passou a ser possível pôr termo ao processo falimentar e as suas consequências severas através da figura da concordata, que consistia num acordo entre o falido e os seus credores.

III – Evolução: Ao longo dos anos a falência passou por várias fases de evolução, sendo relevantes para este aspecto as tradições francesa, alemã e anglo-saxónica²⁷:

O primeiro diploma a codificar o regime das falências foi o Código de Comércio, de 1807, de Napoleão, era aplicável apenas aos comerciantes – que eram definidos como pessoas que praticavam actos de comércio como ocupação habitual (art.º 1 do *Code de Commerce*).

Naquele diploma a falência era essencialmente entendida como um processo de liquidação dos bens do devedor, no sentido de satisfazer os interesses dos credores. Contudo, o processo dava primazia à concordata ou o acordo entre o devedor e os seus credores, uma vez que a liquidação só se verificava se não fosse possível o acordo.

Por outro lado, aquele sistema atribuíra consequências muito severas aos comerciantes falidos – não só com a ameaça de sanções penais, como a sujeição a uma fiscalização muito apertada – prejudicando-se inclusive os próprios credores, já que os comerciantes retardavam o máximo possível a sua apresentação à falência, o que dificultava o recurso a possíveis medidas de recuperação.

Já no que respeita a experiência alemã, o diploma pioneiro foi o Código das falências prussiano, de 8 de Maio de 1855, que serviu de base ao Código alemão das falências, de 10 de Fevereiro de 1877, conhecido pela sigla KO (*Konkursordnung*), este veio posteriormente a ser substituído pelo *Insolvenzordnung*, que vigorou a partir de 1

²⁶ “A situação de fuga do comerciante foi assim qualificada como uma presunção *iuris et de iure* de falência” (MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 29).

²⁷ V. MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 415.

de Janeiro de 1999. Este sistema, ao contrário do sistema francês, era aplicável tanto a comerciantes como a não-comerciantes, ainda assim privilegiava a liquidação do património do falido, e por outro lado não previa sanções tão duras como o Código de Comércio francês.

O sistema anglo-saxónico, ou do *bankruptcy*, pelo contrário, tinha como pressuposto a recuperação do devedor, por um lado evitava os efeitos negativos da falência, e por outro permitia a “manutenção das faculdades produtivas do património concursal”²⁸, sendo portanto também benéfico para os credores. A este propósito, em Inglaterra foram aprovadas várias leis em 1883, 1887, 1888, 1914, e 1926, o sistema inglês previa a figura do *official receiver*, este tinha como função averiguar os negócios do devedor e as causas do estado de insolvência, posteriormente os bens do devedor eram entregues a um *trustee* que administrava os mesmos e procede à liquidação no interesse dos credores, estando o devedor desobrigado após o encerramento do processo (*discharge*), em todo o caso, este sistema era apenas aplicável aos comerciantes, para os não comerciantes foi instituído um processo de execução colectiva (*insolvency*).

No direito norte-americano, o advento da recuperação das empresas tem como principais impulsionadores os *reorganisation proceedings* de 1938, que alteraram o *Bankruptcy Act* norte-americano, este processo foi acentuado com as crises energéticas da década de 70 do séc. XX, que impulsionaram o aumento do número de falências, e provocaram graves consequências para o mercado de trabalho. Neste sentido, vários ordenamentos, tanto no âmbito laboral como no âmbito da economia, levaram a cabo medidas legislativas no sentido de incentivar o saneamento e a recuperação de empresas, prevenindo-se assim as falências²⁹.

²⁸ MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 417.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, *Saneamento financeiro: os deveres de viabilização de empresas e a autonomia privada*, citado por MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 42.

3. Da falência à insolvência. As reformas no Direito da Insolvência

3.1. O primado da recuperação

Já verificamos *supra* (ponto 1.) que historicamente a falência e a insolvência compreendiam realidades distintas. Ora, o conceito de falência baseava-se essencialmente numa contraposição entre dois sujeitos: os credores, que deviam ser pagos, e o falido, que devia ser punido, deste modo, o processo de falência consistia primordialmente na liquidação do património do falido e a correspondente satisfação dos credores. Contudo nos finais do séc. XIX, verificaram-se reformas significativas no direito da insolvência³⁰ que acabaram por dar origem a um entendimento mais amplo do que aquele que era compreendido no conceito clássico de falência. Estas reformas foram motivadas essencialmente pela crise do petróleo e consequentemente pelas preocupações que os Estados começaram a manifestar no sentido de se proteger as empresas passíveis de recuperação, e manter estáveis os níveis de emprego. Começou-se a tomar consciência de que a falência abrangia não apenas os devedores e os credores mas igualmente outros indivíduos e outros “interesses” que deveriam ser acautelados³¹.

3.2. A reforma francesa

A primeira grande reforma a ser levada a cabo no âmbito da insolvência, e no que respeita ao Continente Europeu, teve lugar em França (entre 1984 e 1985), esta reforma serviu de complemento a uma nova linha de pensamento segundo o qual o Direito das falências devia antes de tudo preocupar-se em “salvar a empresa e os valores que ela envolve”³². A falência passou a ter como âmbito de aplicação a empresa e a sua recuperação.

Ora a este propósito são de destacar duas leis: a *Loi 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention e au règlement amiable des difficultés des entreprises*; e a *Loi 85-98, du 25 janvier 1985 relative au redressement et à liquidation judiciaire des entreprises*.

³⁰ V., com maiores desenvolvimentos, MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pp. 420 e ss.

³¹ V. CATARINA SERRA, ob. e loc. cit.

³² V. MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 421.

De acordo com a *Loi 84/ 148*, quanto mais depressa forem tomadas medidas perante as dificuldades económicas, mais facilmente se conseguiria salvar a empresa. Neste sentido, a lei veio a estabelecer medidas de controlo das contas das empresas e procedimentos de alerta em caso de crise (art. 9.º e ss.). Era permitido as empresas a adesão a um agrupamento de prevenção amigável junto de um órgão Estadual, o qual após analisar as informações contabilísticas da empresa, poderia ajudar a mesma (artº 33 e ss), e por outro lado, a lei também previa um processo extrajudicial de resolução de conflitos, levada a cabo por um conciliador, nomeado pelo tribunal.

A *Loi 85-98* aprovou um novo regime denominado “recuperação e liquidação judiciais das empresas”, para esta lei, a recuperação é uma matéria de interesse público que visa essencialmente salvar a empresa, garantir a manutenção da sua actividade e o nível de emprego e apurar o passivo (art.º 1), não fazendo qualquer referência a satisfação dos credores³³.

Em 2005 surge a *Loi n.º 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, esta lei mantém o primado da recuperação e protecção das empresas, admitindo nomeadamente que esta recorra a um órgão público no sentido de prevenir as dificuldades económicas, ou para a instauração de um procedimento de conciliação.

A lei estabelece ainda que antes de se apresentar a falência o devedor deva chegar a acordo de reestruturação ou recuperação com os credores, sendo que o mesmo poderá ser homologado pelo tribunal, que irá supervisionar o seu cumprimento.

A reforma francesa de 1985 teve como inspiração o *Bankruptcy Reform Act* de 1978. Assim defendia em primeiro plano a recuperação da empresa em dificuldades e a manutenção do emprego, surgindo a tutela dos credores apenas em segundo plano.

3.3. A reforma alemã

Na Alemanha, e tendo em conta que o seu antigo Código das Falências, o *Konkursordnung* de 1877, revelava-se pouco eficaz para resolver os problemas da insolvência – os processos de falência terminavam prematuramente, na medida em que os bens dos devedores ficavam sempre em falta, frustrando-se assim as expectativas dos

³³ PHILIPPE THERY, citado por MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 43.

credores³⁴ – foi aprovado o *Insolvenzordnung* em 5 de Outubro de 1994, embora só tenha entrado em vigor em 19 de Dezembro de 1998³⁵, com este novo regime a liquidação e a recuperação foram uniformizadas num só processo de insolvência; procurou-se principalmente em fortalecer os poderes e a autonomia dos credores, sendo-lhes facilitado a abertura do processo de insolvência; e aumentadas as possibilidades de impugnação de actos praticados em prejuízo da massa³⁶; foi igualmente reforçada a igualdade entre os credores, sendo aumentadas as suas garantias. Por outro lado, a possibilidade de recuperação da empresa, embora remetida para segundo plano, ainda era possível através da figura do plano de insolvência (*Insolvenzplan*).

Em todo o caso este diploma não esteve isento de críticas, sendo considerado um diploma complexo e pouco sensível aos valores empresariais³⁷.

3.4. A reforma britânica

O direito britânico veio igualmente a consagrar o princípio da recuperação da empresa através do *Insolvency Act* de 1986. Este diploma teve como objectivo proceder uma reforma que facilitasse a recuperação da empresa, considerando que tal seria ainda mais benéfico para os credores do que a liquidação.

A lei instituiu a figura do administrador da insolvência, que passou a ser nomeado pelo tribunal e devia seguir por entre quatro objectivos possíveis: A viabilização da empresa; aprovação de um acordo voluntário; estabelecimento de um plano de recuperação com os credores; e alienação de bens num sentido mais vantajoso que a liquidação³⁸.

O *Insolvency Act* de 1986, foi entretanto revisto pelo *Enterprise Act* de 2002, este diploma teve como principal propósito salientar ainda mais a ideia de reabilitação da

³⁴ EBERHARD BRAUN, *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 3ª Edição, München, Beck, 2007, citado por GISELA TEIXEIRA JORGE FONSECA, *A natureza Jurídica do Plano de Insolvência*, em Direito da Insolvência – Estudos, RUI PINTO (Coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011. p. 84.

³⁵ Esta reforma foi “cuidadosamente ponderada e preparada”. Na verdade os primeiros anteprojectos surgiram em 1985 e 1986, posteriormente, e após algumas críticas, foi submetido a discussão um novo anteprojecto sobre a “Lei de Reforma da Insolvência” em 1988, tendo sido concluído em 1989, e posteriormente veio a dar origem a um novo anteprojecto em 1992 que só viria a ser convertido em lei a 5 de Outubro de 1994 (v. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 48, nota de rodapé).

³⁶ V. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 48-49.

³⁷ V. MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 422.

³⁸ V. MENEZES LEITÃO, ob. cit., pp. 46-47.

empresa “procurando evitar a todo o custo a sua liquidação em benefício dos credores, ao mesmo tempo que procurou assegurar os pagamentos aos credores comuns, assim como a participação dos titulares do capital no processo de insolvência”³⁹. Este diploma procurou ainda assegurar uma maior igualdade entre os credores, tendo por exemplo abolido certas preferências no pagamento dos créditos em benefício da Coroa.

4. A evolução do regime da insolvência em Portugal

4.1. As fases da evolução

Em Portugal a evolução⁴⁰ do Direito da Insolvência pode ser distinguida em três fases⁴¹:

- A fase do sistema *falência-liquidação*, que começa a partir dos primórdios até ao Código de Processo Civil de 1961;
- A fase do sistema *falência-saneamento*, que começa a partir do Código de Processo Civil de 1961 até ao Código da Insolvência e Recuperação das empresas.
- O regresso ao sistema de *falência-liquidação*, que foi desencadeado pelo Código da Insolvência e Recuperação das Empresas.

4.2. O sistema da *falência-liquidação*

O sistema da falência-liquidação pressupõe que o processo de falência deve assegurar aos credores a satisfação dos seus créditos com a consequente liquidação do património do falido, e a punição deste último por ter frustrado a confiança dos seus

47. ³⁹ SANDRA FRISBY, *The Effect of the Enterprise Act 2002*, citada por MENEZES LEITÃO, ob. cit., p.

⁴⁰ Seguimos de perto a obra de MENEZES LEITÃO, ob. cit., pp. 51 e ss.

⁴¹ Neste sentido, MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 50; CATARINA SERRA, ob. cit., pp. 16 e ss.

credores. Por outro lado, este sistema limitava a aplicação do processo de falência aos comerciantes, sendo qualificada de insolvência a situação dos não comerciantes⁴².

Originariamente designado de quebra, e posteriormente falência, o instituto da insolvência surgiu desde os primórdios, sendo referenciado nas várias ordenações⁴³.

Nas **Ordenações Afonsinas** é feita referência a uma lei de Afonso III que aplicava penas de prisão por dívidas, estabelecendo porém a suspensão da pena caso o devedor inadimplente tivesse meios de pagar a dívida ou fizesse cessão de bens, caso a insolvência fosse dolosa, e por influência de D. João I, era decretada a prisão do devedor.

Nas **Ordenações Manuelinas** a cessão de bens foi restringida, por causa das fraudes a que era alvo, e as **Ordenações Filipinas** distinguiram consoante a falência fosse fraudulenta, culposa ou casual⁴⁴.

No séc. XVIII, vieram ainda a ser aprovados vários diplomas com referências a insolvência, porém a primeira codificação do regime da insolvência surgiu com o **Código Comercial de 18 de Setembro de 1833** da autoria de **Ferreira Borges**. Este Código Regulava a matéria das “quebras, reabilitação do fallido e moratórias”, na Parte I, do Livro III. De acordo com esta Lei, o processo de falência podia ser desencadeado por iniciativa do comerciante falido, este devia apresentar-se no prazo de três dias após a verificação do estado de falência (art. IV do Título XI do Livro III da parte I, p.1124); por requerimento do credor; ou por iniciativa do tribunal (art. VI e ss. do Título XI do Livro III da Parte I, pp. 1126 e ss.). O processo de falência ou de quebra tinha como fundamento o não pagamento das obrigações e dívidas comerciais, embora que posteriormente nele pudessem ser incluídas obrigações de outra espécie (art. VIII do Título XI do Livro III da parte I, p. 1128).

Posteriormente a matéria foi retomada, sem grandes alterações, pelo **Código Comercial de Veiga Beirão de 28 de Junho de 1888**. Este Código porém previa uma novidade, nomeadamente a possibilidade de se suspender o processo de falência, antes

⁴² Refere MENEZES LEITÃO que tal distinção tem por base “a maior facilidade no acesso ao crédito por parte dos comerciantes, o que levava a que a falência se baseasse em critérios diferentes do que a mera insuficiência profissional que caracterizava a insolvência” (ob. cit., p. 52).

⁴³ PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1964, pp. 33 e ss.

⁴⁴ V. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 53.

ou depois da declaração de quebra, através de duas figuras: a moratória e a concordata. Contudo, a suspensão do processo estava dependente do voto favorável de 2/3 dos credores privilegiados ou preferentes, desde que representassem igual montante dos respectivos créditos com a mesma natureza (art. 730.º). Por outro lado, a moratória não deveria exceder um ano, sendo prorrogável por igual período (art. 730.º, parágrafo 1.º) e a concordata não poderia oferecer percentagem inferior a 50% (art. 730.º, parágrafo 2.º). Tanto uma como a outra estavam sujeitas a homologação do Tribunal (art. 731.º).

O processo de falência foi revisto, embora sem alterações significativas pelo **Código das Falências de 1899**. Este Código determinava uma presunção do estado de falência como resultado da falta de pagamentos (art. 1.º), sendo que a fuga ou o abandono do estabelecimento e a insuficiência do activo eram fundamento suficiente para a declaração de falência (art. 1.º, parágrafo 1º).

A declaração de falência poderia resultar por apresentação do comerciante; por requerimento do credor ou do Ministério Público, no caso de fuga ou abandono do estabelecimento (art. 5.º), o requerimento da falência deveria ser apresentado até dois anos após a verificação da falta de pagamentos. O comerciante estava obrigado a apresentar-se no prazo de 10 dias após a cessação de pagamentos, sob pena de a sua culpa ser presumida (art. 6.º).

O processo de falência passou em seguida a ser regulado pelo **Código de Processo Comercial de 1905**, em todo o caso, e tendo em conta que o mesmo resultou de uma simples inclusão do Código de Falências de 1899 em um novo Código, aquele não terá provocado alterações significativas ao processo de falência.

O Direito das Falências veio porém a sofrer uma importante inovação com a inclusão do Instituto da Insolvência, limitado aos devedores não comerciantes (art. 1.º), incluído nestes as sociedades civis e a civis sob a forma comercial (art. 24.º). Esta inovação é de extrema importância na medida em que veio a alargar o âmbito de aplicação do processo de falência permitindo que os não comerciantes fossem alvo do mesmo, e por outro lado procurou acautelar as expectativas dos credores, como refere Menezes Leitão, este “diploma representou pela primeira vez a aplicação em Portugal de um processo de liquidação colectiva em benefício de credores em relação aos não comerciantes, dado que anteriormente, uma vez que só os comerciantes estavam sujeitos

a falência, os não comerciantes apenas poderiam ser objecto de execuções individuais, as quais permitiam facilmente fraudes em prejuízo dos credores”⁴⁵.

Em 26 de Outubro de 1935 foi aprovado o novo Código das falências (**Código das Falências de 1935**), que substituiu o regime anterior e trouxe profundas alterações⁴⁶, assim, este Código mudou o conceito de falência, passando a considerar falido o comerciante impossibilitado de solver os seus compromissos (art. 1.º), esta impossibilidade passou a ser o critério decisivo, uma vez que caso o comerciante conseguisse obter crédito suficiente para honrar com os seus compromissos, já não poderia ser considerado falido⁴⁷, e poderia ser aferida através de três “factos-índice” (art. 2º, n.º 1): I – A cessação de pagamentos; II – A fuga do comerciante, sem deixar legalmente indicado quem o represente na respectiva gestão; III – A dissipação ou extravio de bens ou qualquer outro abusivo procedimento que revele, por parte do comerciante, manifesto propósito de se colocar na posição de não poder solver os seus compromissos.

Este novo Código tem como principais novidades: a criação de um novo órgão administrativo, o síndico, ao qual competia nomeadamente dirigir, fiscalizar e exercer acção disciplinar sobre os administradores, autorizar a prática de certos actos pelo devedor e representar a massa insolvente em juízo (arts. 56.º, 69.º, 70.º, e 73.º); alterações ao regime da concordata, passando esta a ter lugar depois da verificação dos créditos, os pagamentos propostos não deviam ser inferiores a 40% dos créditos, os prazos não deviam exceder os 18 meses, passando a ser prestadas garantias idóneas de cumprimento (art. 155.º); por acordo dos credores as sociedades comerciais podiam ser transformadas em sociedades por quotas, sendo os seus créditos convertidos em capital social (arts. 231.º e ss.).

Em 28 de Maio de 1939 o legislador optou por unir num só Código o regime do processo civil e comercial com a aprovação do **Código de Processo Civil de 1939**. Este diploma não procedeu a grandes alterações ao regime da insolvência limitando-se a unificar o regime do processo civil e o comercial.

⁴⁵ Ob. cit., pp. 61-62.

⁴⁶ No Preâmbulo do Código é referida a necessidade de revisão do regime falimentar na medida em que o mesmo estava a ser alvo de inúmeras críticas, nomeadamente por o conceito de falência ser muito limitado, pela ineficácia do regime das concordatas – que era frequentemente alvo de abusos, sendo os prazos muito dilatados e as percentagens de pagamento muito diminutas – e por ser um processo muito demorado e demasiado oneroso (v. MENEZES LEITÃO, ob. cit., pp. 64-65).

⁴⁷ V. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 65.

4.3. O sistema da *falência-saneamento*

O sistema da falência-saneamento inicia-se com a aprovação do **Código de Processo Civil de 1961**, aprovado pelo Decreto-Lei 44.129, de 28 de Dezembro de 1961. Este Código não divergia muito do regime do Código de Processo Civil de 1939, contudo acabou por inovar ao estabelecer como prioritários os meios preventivos da declaração de falência, sendo os mesmos considerados a alternativa preferível à liquidação judicial⁴⁸. Ao contrário do que se verificava no passado, a recuperação da empresa passou a ser o fim principal do processo de insolvência⁴⁹. O Código de Processo Civil de 1967 foi alvo de várias reformas, sendo de destacar o Decreto-Lei n.º 47.690, de 11 de Março de 1967 e o Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, porém convém ainda salientar que na vigência deste Código foram implementadas as primeiras medidas de saneamento financeiro para as empresas em situação económica difícil, através do Decreto-Lei n.º 864/76, de 23 de Dezembro, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei 353-H/77, de 29 de Agosto.

Em **2 de Julho de 1986** é aprovado o **Decreto-Lei n.º 177/86**, que veio a regular o processo especial de recuperação de empresas, este diploma caracterizava-se essencialmente por ter estabelecido pela primeira vez a recuperação da empresa pela via judicial, instituindo-se assim um processo judicial alternativo ao processo de falência⁵⁰.

Tendo em conta que o seu âmbito de aplicação seria maioritariamente as empresas, o Decreto-Lei n.º 177/86 eliminou a distinção entre falência para comerciantes e insolvência para não comerciantes, substituindo-a pela existência ou não de empresas, na medida em que o processo de recuperação só seria aplicável a aquelas⁵¹. O mesmo Diploma criou uma nova figura no âmbito dos meios preventivos da falência, assim para além das já tradicionais concordata (arts. 20.º e ss.) e acordo de credores (arts. 26.º e ss.), surge agora a gestão controlada (arts. 33.º e ss.), que consubstanciava num plano

⁴⁸ Daí que se considere que o mesmo desencadeou o sistema da falência-saneamento (neste sentido, MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 72, CARVALHO FERNANDES, citado por MENEZES LEITÃO, loc. cit., nota de rodapé).

⁴⁹ A este propósito refere o Relatório Preambular que aprovou o Código no ponto 32º o seguinte: “A nova regulamentação do processo de falência dá primazia aos meios preventivos.

Não se limita a tratá-los em primeiro lugar, como é de boa ordem; dá-lhes prioridade real. É que a concordata ou o acordo de credores é sempre preferível, em regra, à ruinosa liquidação judicial”.

⁵⁰ V. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 75.

⁵¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, citado por MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 75.

de reestruturação da empresa, a ser executada por uma nova administração, nomeada pelos credores, sob o controlo da comissão de credores.

A **23 de Abril de 1993** veio a ser aprovado aquele que é considerado o diploma mais importante no âmbito do sistema da falência-saneamento, o **Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e da Falência** (doravante CPEREF). Com a aprovação deste Código o regime da falência foi unificado num só diploma voltando assim a autonomizar-se do Código de Processo Civil. O regime da falência passou a ter como finalidade evitar o máximo possível a liquidação do património do comerciante falido, através de medidas de recuperação, correspondendo assim a “falência saneamento”⁵². Era portanto um regime essencialmente preventivo. Assente em dois processos especiais – processo de liquidação e processo de recuperação de empresas –, a prioridade assentava na recuperação da empresa. Sendo que para a respectiva recuperação era indispensável apurar-se a viabilidade económica da mesma.

Este Código tem como principal novidade a extinção da distinção entre falência e insolvência, passando o regime a ser aplicado a todas as empresas fossem ou não comerciais, por outro lado, acrescentou ao lado das anteriores medidas de recuperação (concordata, acordo de credores e gestão controlada) uma nova figura a reestruturação financeira (arts. 87.º e ss), nos termos do qual, os credores podiam adoptar “uma ou mais providências destinadas a modificar a situação do passivo da empresa ou alterar o seu capital, em termos que assegurem, só por si, a superioridade do activo sobre o passivo e a existência de um fundo de maneio positivo” (art. 87.º).

O CPEREF veio posteriormente a ser revisto pelo Decreto-Lei 315/98, de 20 de Outubro. *Hoc sensu* passou-se a considerar “a situação económica difícil” como novo pressuposto para a providência de recuperação, sendo que a mesma verificava-se sempre que a empresa, “não devendo considerar-se em situação de insolvência, indiciie dificuldades económicas e financeiras, designadamente por incumprimento das suas obrigações” (art. 3.º do CPEREF, nova redacção), não obstante isto, o acordo de credores passou a denominar-se “reconstituição empresarial” (art.º 4), e foram reforçados os poderes da comissão dos credores (art. 41.º e ss).

⁵² Através da “falência saneamento”, o principal objectivo do processo de insolvência passa a ser o saneamento da economia e a missão de identificar tanto os agentes económicos capazes e viáveis, que devem ser apoiados, como aqueles agentes económicos incapazes e desonestos, que merecem ser eliminados (v. CATARINA SERRA, ob. cit., p. 16).

Na mesma data, através do Decreto-Lei n.º 316/98, foi criado um procedimento administrativo denominado *procedimento de conciliação*, também com o objectivo de recuperação de empresas, tendo a intervenção de um instituto público, o IAPMEI (Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais).

4.4. O regresso ao sistema da *falência-liquidação*

Posteriormente, e com a aprovação do actual **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas** (doravante CIRE), pelo DL n.º 53/2004, de 18 de Março – com posteriores alterações: DL n.º 200/2004, de 18 de Agosto; DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março; DL n.º 282/2007, de 7 de Agosto; DL n.º 116/2008, de 4 de Julho e mais recentemente o DL n.º 185/2009, de 12 de Agosto –, verificou-se um regresso a “falência liquidação”, tal solução é alias sufragada no art. 1.º do Código, nos termos do qual passa a ser objecto do processo de insolvência “a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma obtida num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”, assim deu-se prevalência aos interesses dos credores – aumentando os seus poderes e a sua autonomia – em detrimento da recuperação da empresa, que passou a ser uma finalidade possível.

Sobre o CPEREF e sobre o CIRE retomaremos mais adiante quando confrontarmos ambos os regimes⁵³.

⁵³ V. *infra* Parte II, ponto 2.

Parte II

Os Poderes dos Credores no Plano de Insolvência

1. Ponto de partida. A colocação do problema

Ao analisarmos *supra*, em traços gerais, as principais reformas do Direito da Insolvência, e em especial no Direito português, verificamos que as duas grandes reformas tinham linhas orientadoras completamente distintas. Assim, enquanto o anterior CPEREF tinha como principal objectivo a recuperação da empresa em dificuldades, evitando a todo o custo a sua liquidação, o actual CIRE tem como primado a tutela dos direitos dos credores. Tutela essa que se manifesta através do aumento dos poderes dos credores e da sua autonomia, com a possibilidade de os mesmos aprovarem um plano de insolvência, segundo o qual aqueles decidem os destinos da empresa em crise. Assim a recuperação da empresa deixou de ser o objectivo principal, passando este a ser a satisfação dos credores “na medida do possível”⁵⁴.

Hoc sensu o processo de liquidação do património do devedor passou a ser meramente supletivo, tendo prevalência as medidas aprovadas no plano de insolvência. Através do plano de insolvência os credores podem dispor em sentido diverso das disposições do Código, estes podem inclusive decidir-se pela recuperação da empresa, mesmo que esta não tenha viabilidade económica para o efeito, ou então optar pela sua liquidação, ainda que esta esteja viável economicamente. Com o novo regime, e por força da insolvência, os credores convertem-se em proprietários económicos da empresa⁵⁵.

A opção levada a cabo pelo legislador foi alvo de duras críticas por parte da doutrina⁵⁶. Na verdade ao optar por dar-se total liberdade aos credores não se está a ter em conta que no âmbito da insolvência existem outros interesses em jogo que muitas vezes se sobrepõem aos dos credores. Interesses como a estabilidade no emprego e o

⁵⁴ V. Preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE, nota 3.

⁵⁵ V. Preâmbulo, cit., nota 3.

⁵⁶ V., entre outros, CATARINA SERRA, ob. cit., pp. 17 e ss., MENEZES LEITÃO, pp. 76-77.

desenvolvimento económico, que por serem de ordem pública, superiorizam-se aos interesses particulares dos credores.

Ora o problema coloca-se efectivamente nos seguintes termos: a opção pela liberdade e autonomia dos credores no que respeita aos destinos da empresa, será a mais viável? Será que esta é a melhor maneira de “realização do interesse público de regulação do mercado”?

Para melhor respondermos a esta questão, deveremos antes de mais fazer uma contraposição entre os dois modelos e analisar o plano de insolvência, nomeadamente os poderes dos credores no âmbito do mesmo, o que fica reservado para os pontos seguintes...

2. CPEREF *versus* CIRE. O confronto de regimes

O CPEREF, aprovado pelo DL n.º 132/93, de 23 de Abril, já no seguimento do DL n.º 177/86, de 17 de Junho, veio a seguir uma linha de orientação distinta daquela que era seguida por legislações anteriores. Assim ao invés de adoptar uma concepção de falência assente na liquidação patrimonial do falido, este Código optou por uma concepção de falência baseada no saneamento da economia, cuja principal prioridade era a recuperação da empresa em crise.

O CPEREF veio a conferir um papel de destaque à empresa, esta passou a ser o objecto da insolvência já não o comerciante. Esta mudança de posição foi motivada essencialmente por alterações que ocorreram na época, nomeadamente o aumento da “dimensão social”, ou se quisermos, da função social da empresa, motivada pela Revolução Industrial. O que pôs em destaque a importância da empresa no seio da comunidade, e as repercussões negativas, do âmbito socioeconómico, que poderiam advir com a sua declaração de falência. Repercussões estas que passaram a ser cada vez mais sentidas com o acentuar das crises financeiras⁵⁷. Assim o próprio Direito da

⁵⁷ Tal como dispõe o Diploma Preambular que aprovou o CPEREF (DL n.º 132/93, de 23 de Abril), “o descalabro da empresa devedora passou a ser sentido a cada passo, cada vez com maior frequência, sobretudo em períodos de mais acentuada crise económica, mais como uma causa de mal-estar social que a simples perda dos capitais investidos pelos comerciantes na criação ou na aquisição de negócios”.

Insolvência passou a ter uma dimensão mais social, tentando conciliar os vários interesses em jogo que não apenas os dos credores.

A latere, embora a recuperação da empresa fosse o principal objectivo do processo de insolvência, esta não podia ser levada a cabo a qualquer custo, apenas e só quando se verificasse a sua viabilidade económica e a respectiva recuperabilidade financeira⁵⁸.

Como medidas inovatórias do CPEREF podemos destacar as seguintes⁵⁹:

I – Introdução de dois processos: Liquidação e Recuperação. Contudo o processo de liquidação só teria lugar se não houvesse lugar à recuperação (arts. 122 e ss. e 128.º todos do CPEREF).

II – Extinção dos privilégios creditórios⁶⁰, sendo que se tratou de uma medida de aplicação imediata⁶¹, passando os credores a serem tratados em igualdade.

III – Eliminação da distinção conceitual entre falência e insolvência, o processo passou a ser aplicável a qualquer empresa seja ela comerciante ou não.

IV – Introdução da reestruturação financeira como medida de recuperação. Na verdade o CPEREF regulava quatro tipos de providências de recuperação de empresas: a concordata (art. 66.º do CPEREF), a reconstituição empresarial (art. 78.º do CPEREF), a reestruturação financeira (art. 87.º do CPEREF) e a gestão controlada (art. 97.º do CPEREF). Estas providências, por outro lado, podiam ser requeridas por qualquer credor ou pelo Ministério Público, desde que verificados os respectivos requisitos (art. 8.º do CPEREF). Contudo tais medidas foram criticadas pela doutrina por serem pouco flexíveis e caracterizadas pela tipicidade das mesmas⁶².

V – Aumento dos poderes da assembleia de credores. A assembleia de credores viu os seus poderes alargados no âmbito do processo de recuperação, em especial na reestruturação financeira (arts. 28.º e ss., 54.º e 88.º todos do CPEREF). Entre outros destacámos a não sobreposição por parte do tribunal à assembleia de credores, no que

⁵⁸ V. art. 1.º do CPEREF, *a contrário*; cfr., igualmente, CATARINA SERRA, ob. cit., pp. 16-17.

⁵⁹ V., com mais desenvolvimentos, MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pp. 427 e ss.

⁶⁰ V. art. 152.º, do CPEREF, cfr. Igualmente, Ac. TRP, de 28/10/96, Processo: 9650676, in www.dgsi.pt.

⁶¹ V., com indicações jurisprudenciais, MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 429.

⁶² Neste sentido CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., pp. 59, nota 13 e 634, nota 4; ROBIN DE ANDRADE, *apud* MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 431. Em sentido contrário, MENEZES CORDEIRO, ob. e loc. cit..

respeita a reestruturação financeira⁶³, a proibição de o tribunal introduzir alterações no plano aprovado pelos credores⁶⁴, a soberania da assembleia, tendo o juiz um controlo meramente da legalidade⁶⁵.

Quanto ao CIRE, aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 22 de Agosto, tem um sentido de orientação completamente diverso do seu antecessor, dispondo que o objectivo principal de qualquer processo de insolvência é a satisfação, “pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores”⁶⁶. Assim retorna-se ao passado, volta-se a dar prevalência aos interesses dos credores em detrimento de interesses económicos e sociais.

O CPEREF foi muito criticado pela sua rigidez e morosidade do processo, o que dificultava o objectivo primordial da recuperação. Entendeu-se portanto que o recurso a mesma já não era possível. Assim, o legislador, através do novo regime, optou por um processo que entendeu ser mais célere do que o anterior e que por outro lado atribui um importante poder de decisão aos credores. Deste modo, aos credores compete decidir sobre os destinos da empresa, podendo optar pela sua liquidação ou pela sua recuperação independentemente de se verificar a viabilidade económica da mesma. Os credores tornam-se proprietários económicos da empresa.

Não obstante isto, parece-nos que a opção legislativa por um processo mais em favor do credor acaba por resultar igualmente como uma punição ao devedor inadimplente. É como se quisesse passar uma mensagem ao devedor: «já que não cumpres com as tuas obrigações então terás que arcar com as consequências»⁶⁷.

Vejamos então quais as principais novidades do CIRE⁶⁸:

I – Eliminação do processo de recuperação. O CIRE, ao contrário do que dispunha o CPEREF, apresenta agora um processo único ou unitário⁶⁹, embora a sua

⁶³ V. Ac. TRC, de 16/01/ 1996, Processo: 990, in: www.colectaneadejurisprudencia.com.

⁶⁴ Ac. STJ, de 24/09/ 1996, in MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 432.

⁶⁵ *Idem, ibidem*.

⁶⁶ V. Diploma Preambular que aprovou o CIRE, cit., nota 3. Este diploma teve como principal fonte inspiradora o *Insolvenzordnung (InsO)* alemão.

⁶⁷ A este propósito dispõe o Diploma Preambular, nota 3, o seguinte: “Quem intervém no tráfego jurídico, e especialmente quando aí exerce uma actividade comercial, assume por esse motivo indeclináveis deveres, á cabeça deles o de honrar os compromissos assumidos. A vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais”.

⁶⁸ V., com maiores desenvolvimentos, CATARINA SERRA, ob. cit., pp. 21 e ss; MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pp. 446 e ss.

tramitação não seja necessariamente uniforme, devendo ter-se em conta determinadas “vicissitudes” como uma eventual apresentação de um plano de insolvência o que acaba por provocar importantes alterações à estrutura do processo, isto porque a aprovação do plano derroga as normas do Código (art. 192.º, n.º 1, *in fine*, do CIRE)⁷⁰. Por outro lado o processo único de liquidação passou a ser meramente supletivo, o recurso ao mesmo só terá lugar caso não seja apresentado e aprovado um plano de insolvência (art. 192 e ss.), que poderá levar a cabo um processo de liquidação distinto do previsto no Código ou optar pela recuperação da empresa.

Assim e de acordo com a actual lei, o processo de insolvência é um processo de execução universal tendo como finalidade a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que pode ser, entre outras, a recuperação da empresa⁷¹.

II – Primazia pela satisfação dos credores. Como vimos, no CIRE o credor é o centro do processo de insolvência, tendo os seus interesses prevalência sobre os restantes. Alguns autores defendem esta opção legislativa, justificando que com o sistema anterior a recuperação da empresa não passava de uma utopia, as empresas simplesmente não recuperavam *de per se*⁷². Nas palavras de Menezes Cordeiro, “a obrigatoriedade de percorrer o calvário da recuperação para, depois, encarar a tese concursal, traduzia-se, em regra, num sorvedouro de dinheiro, com especiais danos para os credores e os próprios valores subjacentes à empresa”⁷³. Desta situação desastrosa resultaria um único aspecto positivo: “o arrastamento das situações levava os trabalhadores a, progressivamente, procurar novos empregos, permitindo, aos poucos, convencer as pessoas da inevitabilidade do encerramento da empresa”⁷⁴. Esta primazia dada aos credores surge como uma forma de afastar o paradigma da recuperação⁷⁵, esta passa a ser meramente eventual, dependente da vontade dos credores⁷⁶. Por outro lado,

⁶⁹ V. CATARINA SERRA, ob. cit., p. 21, cfr. igualmente, CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., pp. 55 e ss.

⁷⁰ V. CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao art. 1.º, nota 2.

⁷¹ V. art.º 1.º do CIRE.

⁷² Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 447.

⁷³ Ob. cit., p. 447.

⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, ob. e loc. cit.

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 448.

⁷⁶ Daí que haja quem ponha em causa, e com razão, a referência à recuperação no actual Código, defendendo a sua exclusão (neste sentido, CATARINA SERRA, ob. cit., p. 17). Talvez fosse melhor chamar-se apenas Código da Insolvência.

aquela não se sobrepõe apenas sobre à empresa, mas também aos terceiros que tenham contratado com o ente insolvente – mas que os respectivos contratos ainda não tenham sido totalmente cumpridos – ficando os contratos suspensos até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento⁷⁷, permitindo-se assim o termo antecipado dos contratos envolvidos na insolvência, sem que surjam maiores encargos para os credores⁷⁸.

III – Aumento da autonomia dos credores. No seguimento da tutela dos credores levada a cabo pelo CIRE, resultou um aumento da autonomia privada dos mesmos, sendo colocado à sua disposição o poder de decidir sobre o destino do património do devedor, e proceder a liquidação como melhor lhes convier.

Assim, nomeadamente, qualquer credor pode requerer a insolvência (art. 20.º do CIRE), podendo igualmente requerer medidas cautelares (art. 31.º do CIRE); os credores podem escolher quem entenderem para o cargo de administrador, em detrimento do administrador provisório nomeado pelo juiz (art. 53.º, n.º 1, do CIRE), com ressalva do n.º 3 daquele artigo⁷⁹; a assembleia de credores delibera sobre a manutenção em actividade ou encerramento do estabelecimento ou estabelecimentos compreendidos na massa insolvente (art. 156.º do CIRE), ela dá igualmente o seu consentimento para a prática de actos jurídicos que assumam especial relevo para o processo de insolvência (art. 161.º, n.º 1 do CIRE), como por exemplo a venda da empresa (art. 161.º, n.º 3, al. *a*)), e pode, por outro lado, aprovar um plano de insolvência (art. 192.º e ss., do CIRE).

De todas as faculdades conferidas aos credores, a possibilidade de aprovação de um plano de insolvência é seguramente a que mais relevo tem e é a principal manifestação do seu poder. O plano de insolvência vem substituir as anteriores medidas de recuperação previstas no CPEREF. Em contraposição com os anteriores modelos mais rígidos, os credores têm agora a possibilidade de adoptarem as medidas que bem entenderem.

⁷⁷ V. art. 102.º, n.º 1, do CIRE.

⁷⁸ V. MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 444.

⁷⁹ Não obstante isto, é de referir que o juiz pode, a todo o tempo, destituir o administrador da insolvência, se considerar existir justa causa, após ouvir a comissão de credores (caso exista), o devedor e o próprio administrador da insolvência (artigo 56.º do CIRE). Embora a audição seja obrigatória, o parecer das entidades ouvidas não é vinculativo para o juiz (neste sentido, CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao artigo 56.º, nota 5.).

Através do plano de insolvência o processo passa todo ele para as mãos dos credores, não podendo o juiz alterar ou sequer controlar o conteúdo daquele, tendo apenas um mero controlo formal da legalidade.

Sobre o plano de insolvência retomaremos mais adiante.

IV – A desjudicialização do processo. A primazia pela satisfação dos credores, conjugada com o aumento da sua autonomia, resulta, como vimos, na dilatação dos seus poderes ao mesmo tempo que a capacidade de intervenção do tribunal é reduzida, dando origem a desjudicialização do processo de insolvência. Tal desjudicialização resultará, por um lado, na impossibilidade de o juiz se pronunciar quanto a recuperabilidade financeira da empresa, e por outro, na impossibilidade de reclamação para o juiz dos actos do administrador da insolvência, das deliberações da comissão de credores e igualmente do regime do plano de insolvência⁸⁰.

3. O plano de insolvência

3.1. Generalidades

O plano de insolvência definido como um “instrumento de natureza juridico-negocial, *com carácter deliberativo*⁸¹, utilizável pelos credores e que contém maioritariamente medidas de recuperação da empresa do devedor insolvente”⁸². Este plano permite a derrogação⁸³ das normas do CIRE e tem como finalidades regular o pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos credores, tal como a responsabilidade do devedor depois de findo o processo de insolvência (art. 192.º, n.º 1, do CIRE). Pode, por outro lado, ter finalidades de recuperação da empresa e regular as medidas necessárias para a atingir (art. 1.º, do CIRE). Ora daqui podemos desde logo concluir que o plano de insolvência não tem necessariamente que visar a recuperação da empresa, esta será apenas uma das muitas possibilidades nele previstas, o plano poderá por exemplo prever a liquidação da empresa em termos distintos do previsto no CIRE (arts. 1.º e 192.º, n.º 1 do CIRE).

⁸⁰ V. Diploma Preambular, que aprovou o CIRE, nota 10.

⁸¹ Itálico nosso.

⁸² V. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 6.ª Edição, Reimpressa, Almedina, 2008, p. 327. Para uma aproximação ao conceito do plano de insolvência, v. *infra* ponto 3.9.

⁸³ Sobre as críticas a utilização do conceito de derrogação, v. CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, anotação ao art. 192.º, nota 6, p. 635.

A *latere*, o conceito de recuperação deve ser entendido em sentido amplo, com o intuito de estar compreendido no mesmo as situações em que o plano preveja a continuidade ou a manutenção da empresa na titularidade do insolvente ou de terceiro (arts. 195.º, n.º 2, alíneas *b*) e *c*), e 199.º)⁸⁴.

Embora seja entendido como único instrumento que a lei prevê para o processo de recuperação, defende Coutinho de Abreu que mesmo pela via da liquidação, nomeadamente quando a empresa é alienada como um todo (art. 162.º, n.º 1, do CIRE), é igualmente “potenciada” a recuperação da empresa⁸⁵, embora neste caso tal recuperação não se reflecta na esfera jurídica do insolvente.

3.2. Génesis. O *Insolvenzplan* e o *Reorganization Plan*

Ora o plano de insolvência apesar do seu carácter inovatório, não é uma figura impar no Direito da Insolvência, na verdade a sua criação foi inspirada no *Insolvenzplan* alemão. Com a aprovação do *InsO* os credores alemães passaram a dispor de uma figura jurídica que proporcionava-lhes maior autonomia na condução do processo de insolvência e consequentemente aumentava os seus poderes no âmbito do mesmo. O *Insolvenzplan* passou a ser o instrumento central no processo de insolvência alemão, através do mesmo os credores decidem-se pela liquidação ou pela recuperação da empresa. A este propósito refere o *InsO*⁸⁶ no seu artigo 1.º – sobre a sigla “Objectivos do processo de insolvência” – que o processo de insolvência tem como objectivo a satisfação dos credores, seja através da liquidação dos bens do devedor, ou através da constituição de um plano de insolvência, em particular para a manutenção da empresa, ora esta disposição não difere muito com a estabelecida pelo CIRE no seu artigo 1.º.

O *Insolvenzplan* poderá ser elaborado de modo independente pelo devedor ou – caso a assembleia de credores decida-se pela recuperação – pelo administrador da insolvência (art. 218.º do *InsO*). Caso o administrador da insolvência entenda ser possível a recuperação da empresa, deverá submeter o plano ao tribunal da insolvência.

⁸⁴ V. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., pp. 322-323.

⁸⁵ V. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p. 323.

⁸⁶O *InsO* foi consultado em www.gesetze-im-internet.de.

Caberá ao tribunal realizar todos os actos necessários para que o plano seja decidido em sede de assembleia de credores, e caso seja aprovado deverá ser homologado (art. 235.º, n.º 1 do *InsO*). O tribunal poderá em todo o caso recusar, *ex officio*, a homologação do plano (art. 250.º do *InsO*): 1. Se ocorrer violação de normas procedimentais estabelecidas, ou do seu conteúdo; 2. Caso a aprovação tenha sido obtida de modo fraudulento, especialmente se a mesma tinha como objectivo beneficiar um determinado credor.

Por outro lado, a homologação do plano pode igualmente ser recusada a requerimento dos interessados (art. 251 do *InsO*). Nos termos do qual, e a pedido de um credor, a homologação do plano pode ser recusada quando este se tenha oposto à aprovação, e caso o mesmo seja colocado numa posição mais desfavorável com o plano do que aquela em que ficaria sem aprovação do mesmo. É a consagração do chamado princípio da protecção das minorias (*Minderheitenschutz*) ou do *best interest creditor test* do USBC norte-americano⁸⁷, ora este princípio é igualmente sufragado pelo CIRE (art. 216.º, n.º 1, alínea *a*)).

Depois de ser homologado o plano adquire força jurídica e passa a ser vinculativo para todas as partes envolvidas (art. 254.º do *InsO*).

Ora a influência norte-americana no *InsO* alemão não se fica apenas pela consagração deste último pelo princípio do *best interest creditor*. No âmbito do regime jurídico norte-americano da insolvência, é permitido tanto aos credores como ao devedor ou ao *trustee*⁸⁸ a apresentação de um plano de recuperação ou *reorganization plan* (art. 1121.º do USC, *Chapter 11*)⁸⁹. Em todo o caso, os outros interessados só poderão apresentar o seu plano de recuperação após o termo do período de exclusividade de 120 dias dado ao devedor e este não tenha apresentado o seu plano, ou passados 180 dias sem que o devedor tenha apresentado um plano de recuperação que tenha sido aceite (art. 1121.º, alínea *c*) do USC, *Chapter 11*). Não obstante isto, e tratando-se do *trustee*, este teria ainda que ser nomeado nos termos do *Chapter 11* (n.º 1 da alínea *c*) do mesmo artigo).

⁸⁷ V. CATARINA SERRA, ob. cit., p. 101.

⁸⁸ O *trustee* é o equivalente ao Administrador da Insolvência Português.

⁸⁹ O USC, *Chapter 11* foi consultado em www.law.cornell.edu, sítio electrónico da *Córnell University Law School, Legal Information Institute*.

Após a apresentação do plano de recuperação e antes de este ir a votos, o tribunal deve aprovar um *disclosure statment* apresentado pelo devedor ou por quem apresente a proposta do plano, sendo que o objetivo da mesma consistirá na divulgação da situação patrimonial do devedor, no sentido de dar aos credores um juízo esclarecido sobre o plano apresentado a votação (art. 1125.º, do USC, *Chapter 11*).

O plano é posteriormente, e após a declaração ter sido aprovada⁹⁰, levado a voto para ser aprovado e consequentemente homologado, contudo deverá obedecer ao princípio do *best interest creditors test* (art. 1129.º, alínea *a*), n.º 7 do USC, *Chapter 11*), já *supra* referenciado.

O plano considera-se aprovado desde que seja aceite por credores que detenham pelo menos 2/3 do montante de créditos e que constituam mais de metade da totalidade de credores (art. 1126, alínea *c*) do USBC, *Chapter 11*)⁹¹.

Nestes termos podemos dizer que tanto o *Insolvenzplan* alemão como o *reorganization plan* norte-americano, foram fundamentais na criação do plano de insolvência consagrado no CIRE.

3.3. Confronto com as medidas de recuperação previstas no CPEREF

O plano de insolvência veio substituir as medidas de recuperação previstas no anterior CPEREF, deste modo iremos proceder a um confronto entre estas duas figuras⁹².

I – Ora a primeira diferença a ser destacada tem precisamente a ver com o âmbito de aplicação de cada uma: enquanto as medidas de recuperação destinavam-se a “viabilização económico-financeira” da empresa, sendo esta o seu destinatário principal,

⁹⁰ Em regra o tribunal realiza uma audiência com vista a aprovação da declaração antes da votação do plano (art.º 1125, alínea *b*), do USC, *Chapter 11*).

⁹¹ E todo o caso, havendo créditos desiguais (*impaired class of claims*), que não sejam pagos na totalidade ou em relação aos mesmos um direito legal, contratual ou outro tenha sido alterado, o tribunal só poderá homologar o plano se este tiver sido aceite por pelo menos uma classe de credores que detenha este tipo de créditos (art.º 1129, alínea *a*), n.º 10, do USC, *Chapter 11*).

⁹² V., a este propósito, CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao art. 192.º, n.º 1, notas 3 e ss.

o plano de insolvência, tendo carácter universal, abrange qualquer sujeito passivo, exceto as pessoas singulares não empresárias e as titulares de pequenas empresas⁹³.

Daqui resulta a ideia de que o plano não constitui um mecanismo, por si só, de recuperação, na medida em que ele pode visar a liquidação do património do falido, em módulos distintos dos previstos no CIRE.

Por outro lado, ainda que o plano preveja medidas de recuperação, estas serão meramente “instrumentais” a verdadeira finalidade daquele, que será a satisfação dos interesses dos credores. Sendo que neste caso a opção pela recuperação pode ser levada a cabo ainda que a empresa esteja inviável economicamente.

Pelo contrário, nas medidas de recuperação reguladas pelo CPEREF, a finalidade de recuperação está limitada ao critério da viabilidade económica da empresa.

Não obstante isto, é de referir que as medidas de recuperação do CPEREF, verificam-se previamente á declaração de falência, tendo precisamente o objectivo de obstar que tal aconteça, já no plano de insolvência, a sua aprovação verifica-se depois da sentença de declaração de insolvência, mais especificamente depois de esta ter transitado em julgado (art.º 209.º, n. 2º do CIRE).

II – *A latere*, estas duas figuras distinguem-se igualmente quanto ao seu conteúdo. Assim, nas medidas de recuperação o legislador optou por enumerar um conjunto taxativo de categorias previstas no artigo 4.º do CPEREF, contrariamente, no que respeita ao plano de insolvência optou-se pelo princípio da liberdade de conteúdo, podendo os credores modelar o plano da maneira que melhor lhes aprouver, salvo alguma limitações (art.º 195.º e ss. do CIRE).

3.4. Âmbito de aplicação

O plano de insolvência é de aplicação universal, ou seja abrange todos os sujeitos passivos previstos no n.º 1 do artigo 2.º do CIRE⁹⁴. Em todo caso o plano de insolvência

⁹³ V. *infra* ponto 3.4.

⁹⁴ Contudo ficam de fora do seu âmbito de aplicação: 1. As pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais; 2. As empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento mas apenas desde que “a sujeição do processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades (art. 2.º, n.º 2). Refere Menezes

não deverá incluir as pessoas singulares não empresárias ou as que sejam titulares de pequenas empresas, é o que se depreende da conjugação com os artigos 249.º e 250.º do CIRE, sendo que nestes casos o regime aplicável será o plano de pagamentos (arts. 251.º, e ss. do CIRE). *Hoc sensu* serão considerados não empresários os que não tiverem sido titulares de qualquer empresa nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência (art. 249.º, n.º 1, alínea *a*))⁹⁵. No que respeita ao “titular de pequena empresa”, serão considerados aqueles que, à data do início do processo, não tiverem dívidas, possuam um número de credores não superior a 20 e um passivo global que não exceda 300 000 euros (art. 249.º, n.º 1, alínea *b*). Havendo insolvência de ambos os cônjuges, aqueles requisitos deverão verificar-se relativamente a cada um deles (n.º 2 do artigo 249.º).

Esta excepção de aplicação do plano de insolvência a não empresários e a titulares de pequenas empresas é claramente inspirada no *InsO* alemão, que refere no seu artigo 304, n.º 1 que no caso de o devedor ser uma pessoa singular e que não realize ou tenha realizado uma actividade empresarial independente, as disposições do *InsO* só lhe serão aplicadas se a parte relativa aos processos de insolvência de consumidores e outros processos pequenos não tiver disposto em contrário.

Por outro lado, levanta-se a questão de saber o que sucede caso a pessoa singular não empresária ou titular de pequena empresa venha a falecer no decurso do processo de insolvência, passando assim o processo a correr contra a herança jacente (art. 2.º, n.º 1, *b*)), mantêm-se o regime do plano de pagamentos ou deverá recorrer-se ao plano de insolvência? Parece que nestes casos, e tem sido este o entendimento da doutrina⁹⁶, que será aplicável ao insolvente (herança jacente) o regime do plano de insolvência, na

Leitão que neste caso estamos perante uma situação de *exclusão total de aplicabilidade* – quando se trate de pessoas colectivas públicas e entidades públicas empresariais – e de *aplicabilidade condicionada* “à inexistência de disposição especial incompatível com o seu regime” – no caso das empresas de seguros, instituições de crédito, sociedades financeiras e as empresas de investimento (MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 93). Ora o fundamento para ambas as exclusões é igualmente distinto: No caso das entidades públicas empresariais que são pessoas colectivas de direito público com natureza empresarial criadas pelo Estado (Empresas Públicas), há um regime próprio (Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro) que regula a sua criação e a sua extinção das mesmas, sendo que o seu processo de liquidação e dissolução é determinado por decreto (art. 34.º do D.L.); já no que respeita às empresas de seguros, às instituições de crédito, às sociedades financeiras e às empresas de investimento, impera aqui um carácter de interesse público, “trata-se fundamentalmente, de proteger o público, prejudicado perante a cessação de actividade de entidades que actuem nos sectores em causa” (MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 426).

⁹⁵ V. a este propósito, Ac. do TRC de 28 de Abril de 2010, Processo: 523/09.6TBAGD-C.C1, consultado em www.dgsi.pt.

⁹⁶ V. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 296; EDUARDO SANTOS JÚNIOR, “O plano de insolvência. Algumas notas” em *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, 2007, pp. 128-129.

medida em que nestes casos deixa de ter fundamento a aplicação de um regime mais favorável ao devedor que é o plano de pagamentos⁹⁷⁻⁹⁸. Por outro lado, e com o intuito de evitar-se alguns inconvenientes pensamos igualmente que para tal não será necessário abrir-se um novo processo, basta que o plano de pagamentos em curso seja convertido num plano de insolvência, passando as regras deste a vigorar em detrimento daquele.

3.5. Conteúdo e modalidades. O problema do plano de recuperação aplicável às sociedades comerciais.

Nos termos do n.º 1, do art. 195.º, do CIRE, o plano de insolvência deve indicar as alterações dele decorrentes para as posições jurídicas dos credores da insolvência. Desta norma resulta o carácter atípico do conteúdo do plano de insolvência, podendo os credores tomar as medidas necessárias a satisfação dos seus interesses.

Contudo, e não obstante o seu carácter meramente enunciativo, o art. 195.º dispõe alguns elementos que devem estar incluídos no plano, ou seja, exige-se que o plano clarifique “aquilo que com ele é pretendido, enquanto instrumento de tutela dos interesses dos credores, sem prejuízo da consecução de outros objectivos cujo alcance simultaneamente viabilize”⁹⁹, por outro lado, e tendo em conta o carácter imperativo da norma quanto a este aspecto, segundo o qual: «o plano de insolvência deve indicar (...)», leva a concluir que o não cumprimento desta medida deverá resultar como consequência a não homologação oficiosa do plano (art. 215.º do CIRE)¹⁰⁰.

Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 195.º, podemos destacar quatro modalidades de planos¹⁰¹: o plano de recuperação, o plano de liquidação da massa insolvente, o plano de saneamento por transmissão da empresa a outra entidade, e o

⁹⁷ MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 296.

⁹⁸ No plano de pagamentos o devedor goza de uma maior autonomia aquando da sua elaboração, e, por outro lado, não é obrigatória para a sua aprovação o acordo de credores (arts. 257.º, n.º 1 e 258.º todos do CIRE).

⁹⁹ V. CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao art. 195.º, nota 3.

¹⁰⁰ Neste sentido, CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao art. 195.º, nota 6. Embora o plano, segundo os mesmos AA., não tenha que se reportar especificamente a cada uma das menções previstas na enumeração legal, basta que o façam em termos gerais e perceptíveis “alcançando-se, desta forma, o fim intentado pela lei” (ob. cit., nota 7).

¹⁰¹ V. CATARINA SERRA, ob. cit., p. 99.

plano misto. Por outro lado, é uma enumeração meramente enunciativa, não tendo qualquer carácter taxativo¹⁰².

Quanto as medidas de recuperação propriamente ditas, estas podem se reportar a **providências com incidência no passivo**, nomeadamente ao perdão e redução dos créditos sobre a insolvência¹⁰³, modificação dos prazos de vencimento dos créditos, cessão de bens aos credores, entre outros indicados no art. 196.º do CIRE; **saneamento por transmissão**, isto é, constituição de uma ou mais sociedades destinadas à exploração de um ou mais estabelecimentos adquiridos à massa insolvente¹⁰⁴ (art. 199.º do CIRE) e as **providências específicas das sociedades comerciais**, tais como a redução do capital social para a cobertura de prejuízos, aumento do capital social, alteração do título constitutivo da sociedade, transformação do tipo social, alteração dos órgãos sociais, exclusão de todos ou alguns sócios (art. 198.º do CIRE).

Ora no que respeita as providências específicas das sociedades comerciais, não podemos deixar de questionar algumas ou senão a maior parte das medidas que podem ser tomadas pela mera vontade dos credores.

Na verdade, os poderes dos credores sobre o conteúdo do plano são de tal maneira amplos que estes podem inclusive interferir na própria estrutura da sociedade.

De acordo com o art. 198.º, n.º 1, caso o devedor seja uma sociedade comercial, o plano de insolvência pode ser condicionado à adopção e execução de certas medidas por parte dos órgãos sociais competentes. Até aqui tudo bem, ou seja, será admissível que os credores imponham como condição para a aprovação do plano, *maxime* plano de recuperação, a tomada de certas medidas por parte dos órgãos sociais¹⁰⁵. Tendo em conta que o plano visa a recuperação da empresa – embora este não seja o fim imediato daquele (que é a satisfação dos credores) –, nada obsta que os sócios possam

¹⁰² Aliás o termo «nomeadamente» é exemplo disto (art. 195.º, n.º 2, *in fine*).

¹⁰³ Com ou sem a cláusula «salvo regresso de melhor fortuna», quer isto dizer que havendo cláusula, e o devedor vier a recuperar na vigência da mesma, então os credores poderão exigir de volta o pagamento dos créditos perdoados ou reduzidos (v. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p. 333). Imagine-se que, por exemplo, o devedor ganhou no Euro milhões ou então recebeu de herança uma fortuna.

¹⁰⁴ Em regra a sociedade constituída é formada por credores da insolvência “que adquirem as participações sociais (...) em contrapartida da cessão à sociedade de créditos sobre o insolvente” (v. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p. 334). Contudo não será de excluir a entrada de terceiros (últ. A. cit., p. 334, nota de rodapé).

¹⁰⁵ Estes mantêm-se em actividade mesmo após a declaração de insolvência (art. 82.º n.º 1, do CIRE).

antecipadamente tomar determinadas medidas no sentido de, ao mesmo tempo, satisfazer os interesses dos credores e recuperar a empresa.

O problema verifica-se efectivamente no n.º 2 daquele artigo, segundo o qual o próprio plano de insolvência pode tomar determinadas medidas, sobre a sociedade, sem qualquer intervenção dos órgãos sociais. O que distingue o disposto no n.º 1 com este n.º 2, é precisamente o facto de naquele, embora por iniciativa do plano, as medidas são levadas a cabo pelos próprios órgãos da sociedade¹⁰⁶, enquanto neste as medidas são levadas a cabo pelo próprio plano de insolvência o que distorce por completo a realidade societária.

As medidas levadas a cabo pelo plano podem implicar, nomeadamente:

I – A redução do capital social para a cobertura de despesas, podendo esta redução ser inferior ao montante mínimo legal ou mesmo chegar a zero, desde que neste caso seja acompanhada de aumento de capital para montante igual ou superior àquele mínimo (alínea *a*)). Em todo o caso, a redução a zero só será “admissível se for de presumir que, em liquidação do património da sociedade, não subsistiria qualquer remanescente a distribuir pelos sócios” (n.º 3).

II – Aumento do capital social a subscrever por terceiros ou por credores, nomeadamente mediante a conversão de créditos em participações sociais, com ou sem respeito pelo direito de preferência dos sócios legal ou estatutariamente previsto. O direito de preferência dos sócios está previsto legalmente nos termos dos arts. 266.º – nas sociedades por quotas – e 458.º – nas sociedades anónimas – do CSC, ao contrário da actual legislação, o CPEREF, no seu art. 82.º, n. 2, embora admitindo os aumentos de capital aprovados pela assembleia de credores, tutelava sempre o direito de preferência dos sócios. Contudo, a exclusão do direito de preferência só será admissível, se o capital social for reduzido a zero, ou se ela não acarretar a desvalorização das participações dos sócios (n.º 4). Em todo o caso, pensamos que faz sentido aplicar-se analogicamente o artigo 460.º, n.º 2, do CSC, ou seja, o direito de preferência dos sócios poder ser excluído, “desde que o interesse social o justifique”, sem ser obrigatória a redução do

¹⁰⁶ Utilizando as palavras de CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, “nesta hipótese, não é, em rigor, a assembleia *de credores* que determina as medidas nem elas, em boa verdade, integram o instrumento com que se intenta a satisfação alternativa dos direitos dos credores. O que se passa é que são fixados certos factos cuja verificação prévia é imprescindível à homologação, segundo o livre querer dos credores, e que dependem da actuação dos órgãos sociais (...)” (ob. cit., anotação ao art. 198.º, n.º 1, nota 4, *itálico nosso*).

capital social a zero, desde que tal medida seja levada a cabo pelo órgão social competente, a assembleia geral, e já não pelos credores.

Havendo redução do capital social a zero, a exclusão do direito de preferência dos sócios implica, *ipso facto*, a exclusão dos sócios, independentemente das suas responsabilidades pela insolvência ou se estão ou não dispostos a recapitalizar a sociedade¹⁰⁷. Na verdade estando o capital reduzido a zero e não podendo os sócios adquirir novas participações por terem perdido a preferência sobre as mesmas, automaticamente estarão excluídos da sociedade. Quanto à questão da desvalorização das participações dos sócios, entende Coutinho de Abreu que “difícilmente” os sócios verão as suas participações valorizadas por não intervirem no aumento de capital, “ainda que as novas participações sejam emitidas pelo valor real, os sócios actuais verão as respectivas posições enfraquecidas”, resultando naturalmente na redução do valor comercial das suas participações¹⁰⁸.

III – Exclusão de todos os sócios de sociedades em nome colectivo ou em comandita simples, acompanhada da admissão de novos sócios (al. f) do n.º 2) ou dos sócios comanditados, de sociedades em comandita por acções, desde que acompanhada de redução do capital a zero (al. g) do n.º 2), devendo, por outro lado, os sócios excluídos receber uma contrapartida adequada “caso as partes sociais não sejam destituídas de qualquer valor” (n.º 6). Quer isto dizer que podem ser excluídos todos os sócios de responsabilidade ilimitada¹⁰⁹, sejam ou não gerentes¹¹⁰, tenham ou não influência na situação de insolvência, seja esta culposa ou não¹¹¹. Isto sem esquecer, como já *supra* referimos que os sócios de responsabilidade limitada podem igualmente ser excluídos por consequência da redução do capital social a zero e o consequente aumento do mesmo com a supressão do seu direito de preferência.

Estas medidas, tal como outras enumeradas no art. 198.º – alteração dos estatutos, transformação da sociedade noutra de tipo distinto, alteração dos órgãos sociais (embora nestes casos têm que se verificar cumulativamente os requisitos do n.º 5) – em regra estão reservadas aos sócios, porém o plano de insolvência vem atribuir mais esta faculdade aos credores. Ora uma coisa é admitir que os credores possam dispor do

¹⁰⁷ V. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p. 336.

¹⁰⁸ Ob. cit., p. 336.

¹⁰⁹ V. arts. 175.º, n.º 1 e 465.º, n.º 1 *in fine*, todos do CSC.

¹¹⁰ V. arts. 191.º, n.ºs 1, 2, 3, e 470.º, n.º 1, todos do CIRE.

¹¹¹ V. arts. 185.º e ss. do CIRE.

património da sociedade ou condicionarem a recuperação da mesma à adopção de medidas pelos órgãos sociais competentes – já que aqueles, como refere o Diploma Preambular que aprovou o CIRE (ponto 3), tornam-se, por força da insolvência, “em proprietários económicos da empresa” – outra coisa completamente diferente é permitir que os credores imponham “alterações tão drásticas na organização pessoal da sociedade”¹¹², tornando-os em verdadeiros “proprietários” daquela. O mais curioso é que o diploma pelo qual o legislador se terá inspirado na elaboração do CIRE – a *Insolvenzordnung* alemã, de 1994 – não contém preceitos idênticos.

Por outro lado, as medidas que os mesmos podem tomar, nomeadamente a exclusão dos sócios sem qualquer razão justificativa, não pode deixar de ser entendida como um acto desproporcional ao resultado pretendido, atrevemo-nos até a pôr em causa a constitucionalidade da mesma¹¹³.

Não obstante isto, convém referir que o juiz deverá recusar oficiosamente a homologação do plano de insolvência quando este estatua um aumento ou redução de capital, de uma sociedade anónima, por força da 2.ª Directiva em matéria de sociedades (Dir. 77/91/CEE, de 13 de Dezembro de 1976, aplicável às sociedades anónimas), que proíbe aos credores sociais decidir qualquer aumento – com ou sem direito de preferência – ou redução de capital¹¹⁴ (de acordo com a 2.ª Directiva v. os artigos 85.º, n.º 1, 456.º, 458.º e 460.º todos do CSC). Devendo portanto o disposto no n.º 2, do art. 198.º, ser interpretado restritivamente, no sentido de deixar de fora as sociedades anónimas. Não obstante isto, o aumento de capital nestas sociedades poderá ainda assim ser possível por força do n.º 1, do art.º 198.º, isto é, a execução do plano de insolvência poderá ficar condicionada a deliberação, por parte do órgão de administração, de um aumento de capital, nos termos dos arts. 456.º e ss., do CSC.

3.6. Legitimidade e momento para apresentar a proposta de plano de insolvência

I – Têm legitimidade para apresentar o plano de insolvência, de acordo com o artigo 193.º do CIRE: o devedor – quando este se apresenta à insolvência ou em

¹¹² V. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p. 337.

¹¹³ V. *infra* parte III, ponto 10.

¹¹⁴ V. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p. 338.

momento posterior (art. 24.º, n.º 3 do CIRE); o administrador da insolvência – quando seja encarregado pela assembleia de credores, após apreciar o seu relatório (arts. 36.º, al. *n*), 155.º, n.º 1, al. *c*), 156.º, n.ºs 3 e 4, todos do CIRE); um credor ou grupo de credores com créditos correspondentes pelo menos a um quinto do total dos créditos não subordinados¹¹⁵, e qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da insolvência¹¹⁶.

II – De acordo com o art. 18º n.º 1 do CIRE, o devedor deve apresentar-se à insolvência 60 dias após o conhecimento da sua situação de insolvência, ou seja após ter conhecimento de que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (art. 3º, n.º 1 do CIRE), caso não o faça o devedor incorrerá na comissão do crime de insolvência negligente, previsto e punível nos termos da alínea *b*) do artigo 228º do CP, desde que ocorra a situação de insolvência e esta vier a ser decretada judicialmente. Sendo que o devedor poderá desde logo apresentar, juntamente com a petição em que o mesmo requeira a declaração de insolvência, uma proposta de plano (art. 24.º, n.º 3 do CIRE), sem prejuízo de poder fazê-lo em momento posterior, salvo se for titular de uma empresa e quiser manter a administração dos seus bens, neste caso será entendido como requisito do diferimento do pedido, a apresentação imediata de uma proposta de plano de insolvência ou o compromisso de o fazer no prazo máximo de 30 dias, contados a partir da data da sentença de declaração de insolvência (art. 224.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*)).

No caso de o administrador da insolvência tiver sido encarregado de elaborar uma proposta de plano de insolvência pela assembleia de credores, aquele deverá fazê-lo em prazo razoável (art. 193.º, n.º 2 do CIRE)¹¹⁷, e a proposta deverá ser elaborada com a colaboração da comissão de credores, caso exista, com a comissão ou representantes dos trabalhadores e com o devedor, devendo obedecer as directrizes estabelecidas pela assembleia de credores (art. 193.º, n.º 3). Por outro lado, o administrador da insolvência aquando da elaboração do seu relatório deverá pronunciar-se sobre as vantagens de elaboração de um plano de insolvência, em especial quando esteja em causa uma

¹¹⁵ Sobre as classes e noção dos créditos garantidos e privilegiados, comuns, e subordinados, v. arts. 47.º, n.º 4, 48.º, 49.º e 177.º, todos do CIRE.

¹¹⁶ Sobre a noção de responsáveis legais, v. art. 6.º, n.º 2, do CIRE.

¹¹⁷ A lei não define o que se deve entender por prazo razoável, em todo o caso a doutrina aponta para um prazo não superior a 60 dias, tendo em conta o disposto no art. 156.º, n.º 4 alínea *a*), do CIRE (v. a este propósito, CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao artigo 193.º, nota 8, p. 639-640; SANTOS JÚNIOR, ob. cit., p. 132; MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 297, nota de rodapé).

empresa e as perspectivas de a mesma ser recuperável (art. 155.º, n.º 1, alínea c)), Carvalho Fernandes e João Labareda entendem mesmo que o administrador, caso tenha condições para o fazer e se achar adequado “à prossecução dos interesses dos credores”, poderá, mesmo no seu relatório, avançar com uma proposta de plano a ser analisada pelos credores¹¹⁸, embora estes não possam deliberar sobre a mesma tendo em conta o disposto no artigo 209.º, n.º 2¹¹⁹, consideram estes autores que a intervenção do administrador da insolvência não se deve limitar aos encargos recebidos pela assembleia de credores¹²⁰.

Se o administrador não o fizer, poderá ser encarregado pela assembleia de credores a elaborar um plano, no momento em que esta estiver a apreciar o relatório daquele, podendo para tal suspender a liquidação e a partilha da massa insolvente (art. 156º, n.º 3 do CIRE). Quer isto dizer que a proposta de plano pode ser apresentada ainda mesmo durante a fase liquidação da massa insolvente, ou como refere Santos Júnior, “(...) a oportunidade de apresentação de um plano de insolvência só cessa quando o estado do concreto processo e mormente os atos de liquidação e partilha a efetivar ou efetivados inviabilizem, tornem impossível, por natureza ou definição, em face do Direito, a execução da proposta deste plano”¹²¹.

3.7. Aprovação do plano de insolvência

A proposta do plano de insolvência deve ser posteriormente levada ao juiz, e caso este a admita (art. 207.º, do CIRE)¹²²⁻¹²³, deverá notificar, para que emitam os seus

¹¹⁸ Que ainda assim poderão rejeitar o mesmo e decidirem-se por exemplo pela liquidação da empresa (art. 156.º, *maxime* n.º 2).

¹¹⁹ Ob. cit., p. 637.

¹²⁰ Ob. cit., p. 638.

¹²¹ “O plano de insolvência. Algumas notas”, em *O Direito*, Ano 138º, vol. III, 2006, p.581.

¹²² O juiz deverá recusar a admissão da proposta do plano de insolvência caso se verifiquem algumas das situações previstas nas alíneas do n.º 1 do artigo 207.º. Este poder de fiscalização do Juiz tem como fundamento, essencialmente, considerações de legalidade estrita – alíneas a) e d) – e de economia processual – alíneas b) e c) – (v. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 303; SANTOS JÚNIOR, ob. cit., pp. 133-134). Em sentido contrário, CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, defendem que o preceito traduz-se num “desvio da linha estratégica da anunciada *desjudicialização*” na medida em que ao impor o dever de rejeição da proposta nas hipóteses previstas nas alíneas b) e c) o juiz estaria a cometer “uma tarefa de sindicância do mérito que vai muito para além do que consubstancia o normal exercício dos poderes jurisdicionais de dirimência de litígios e de controlo da legalidade da actividade desenvolvida no processo” (ob. cit., anotação ao artigo 207.º, nota 2, p. 689). Ora quanto a nós optamos por uma posição intermédia, ou seja, não obstante o n.º 1 do artigo 207.º permitir ao juiz recusar propostas

pareceres, no prazo de 10 dias: a comissão de trabalhadores – ou, na sua falta, os representantes designados pelos trabalhadores –, a comissão de credores (se existir), o devedor e o administrador da insolvência (art. 208.º do CIRE).

Contudo é preciso ter em conta que:

- Por um lado, tanto o administrador da insolvência como o devedor só serão notificados quando não sejam os mesmos a apresentarem a proposta do plano¹²⁴;

- Por outro lado, estes pareceres não são vinculativos para o órgão que se decide pela aprovação do plano – a assembleia de credores –, quer isto dizer que a assembleia de credores pode decidir-se em sentido contrário aos mesmos, ou seja, “mesmo que, por hipótese, todos apontem no sentido da aprovação, aconselhando-a, os credores são completamente livres de recusar a proposta; da mesma forma que, no caso contrário, em que todos sugiram a rejeição, a assembleia pode livremente decidir-se pela aprovação sem que isso conforme qualquer tipo de irregularidade”¹²⁵, e não são igualmente obrigatórios para os notificados que podem optar por não os emitir, sem que daí suceda qualquer consequência “processualmente relevante”¹²⁶. *Hoc sensu*, a notificação das respectivas entidades não é igualmente obrigatória, sendo que a falta da mesma não deverá resultar em qualquer vício processual “susceptível de pôr em causa a validade dos actos subsequentes”¹²⁷

O carácter não vinculativo dos pareceres, é mais uma manifestação da “excessiva” tutela da autonomia e do interesse dos credores por parte do Código. Talvez fosse preferível optar por uma posição mais equilibrada, isto é, embora não tendo carácter vinculativo, uma decisão contrária a dos pareceres deveria carecer de fundamentação, mais uma vez em nome dos vários interesses em jogo que não apenas os dos credores.

“manifestamente inviáveis” obstando-se assim atrasos no processo por força de discussões que aquelas poderiam originar, a verdade é que ao recusar a admissão da proposta do plano por, nomeadamente, entender que o mesmo é inexecutável o juiz está a julgar o mérito do plano de insolvência, e logo estará a ir para além da sua actividade jurisdicional delimitada pelo CIRE.

¹²³ Da decisão de admissão da proposta do plano não cabe recurso (art. 207.º, n.º 2), mas, pelo contrário, já caberá recurso da decisão que não admissão do mesmo (neste sentido, MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 304; CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao art. 207, nota 9, p. 291).

¹²⁴ V. CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao art. 209.º, nota 2.

¹²⁵ *Idem*, cit., nota 5.

¹²⁶ *Idem*, cit., notas 6.

¹²⁷ *Idem*, cit., nota 7. No sentido de que os pareceres devam ser obrigatórios (v. CATARINA SERRA, ob. cit., p. 100).

Após a emissão dos pareceres, a proposta é discutida e votada em assembleia de credores convocada e presidida pelo juiz (arts. 74.º e 209.º, n.º 1, do CIRE). Sendo aprovada quando – estando presentes um terço do total dos créditos com direito de voto, de acordo com a sentença de verificação e graduação de créditos – recolher mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não sendo consideradas as abstenções (art. 212.º, do CIRE). Por outro lado, só terão direito de voto os titulares de créditos afectados pela parte dispositiva do plano – ou seja, aqueles créditos que são afectados pelas medidas previstas no plano – estando excluídos os restantes¹²⁸. Convém salientar que o plano de insolvência só poderá ser aprovado depois de transitada em julgado a sentença de declaração de insolvência, de esgotado o prazo para a impugnação da lista de credores reconhecidos e da realização da assembleia de apreciação de relatório (art. 209.º, n.º 2 do CIRE). Na verdade não se compreende que, tendo um determinado plano de insolvência previsto medidas de recuperação, este deva esperar tanto tempo – tendo em conta a morosidade dos tribunais – para ser aprovado. O que de alguma forma acaba por esvaziar os efeitos práticos que estas medidas poderiam ter para a salvação da empresa.

Por outro lado, e no sentido de se preservar a isenção do voto dos credores¹²⁹ e consequentemente o princípio da igualdade¹³⁰, será considerado nulo “qualquer acordo em que o administrador da insolvência, o devedor ou outrem confira vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado comportamento no âmbito do processo de insolvência, designadamente quanto ao exercício do direito de voto” (art. 194.º, n.º 3 do CIRE).

A deliberação de aprovação do plano de insolvência é objecto de publicação, nos termos do artigo 75.º (art. 213.º do CIRE).

¹²⁸ V. art. 212.º, n.º 2, al. a), com as limitações do n.º 3.

¹²⁹ MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 305.

¹³⁰ CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao art. 194.º, nota 9, p. 643.

3.8. Homologação do plano de insolvência e os seus efeitos

I – Depois de aprovado, o plano de insolvência precisa de ser homologado pelo juiz, para que se torne plenamente eficaz (arts. 214.º e 217.º do CIRE). Sendo que o juiz pode recusar a sua homologação tanto *ex officio*, como por solicitação dos interessados.

Assim nos termos do artigo 215.º, o juiz recusa oficiosamente a homologação do plano de insolvência com base na violação não negligenciável¹³¹ das regras procedimentais¹³² ou das normas aplicáveis ao seu conteúdo¹³³, ou quando não se verifiquem, em prazo razoável, as condições suspensivas do plano ou não sejam praticados os actos ou executadas as medidas que devam preceder à homologação (v. a este propósito, art. 201.º, n.ºs 1 e 2)¹³⁴. Em comparação com o *InsO* que serviu de inspiração para a elaboração do CIRE, verificamos algumas semelhanças mas igualmente uma diferença significativa, é que o *InsO* prevê ainda como fundamento para a não homologação oficiosa do plano de insolvência os casos em que a aprovação do mesmo tenha sido obtida de modo fraudulento, especialmente se a mesma vier a

¹³¹ Consideram-se como não negligenciáveis os vícios resultantes da violação de normas imperativas (v. CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao art. 215.º, nota 5), por outras palavras, é preciso “avaliar a relevância, ou não, da violação constatada”, ou seja, “se a nulidade observada é susceptível de interferir com a boa decisão da causa, o que significa valorar se interfere ou não com a justa salvaguarda dos interesses protegidos ou a proteger (...) tendo em conta o que é, apesar de tudo, livremente renunciável” (últ. AA. cit.). De acordo com a jurisprudência, serão considerados não negligenciáveis, e no que respeita ao conteúdo do plano, os vícios que violem “normas imperativas que acarretem a produção de um resultado que a lei não autoriza” (v. Ac. do TRP de 15 de Dezembro de 2005, Processo: 0535648 e do TRG de 09 de Julho de 2009, Processo: 910/07.4TBFLG-C.G1, todos consultados em www.dgsi.pt). Assim aquelas violações consideradas menores e que não põem em causa o interesse do devedor e dos credores afectados não deverão constituir causa suficiente para o juiz recusar a homologação do plano (neste sentido CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao artigo 215.º, nota 5, pp. 713-714, SANTOS JÚNIOR, ob. cit., p. 135). Continuando com a jurisprudência, refere o Ac. do TRG de 22 de Novembro de 2007, Processo: 1953/07-1, que “um tal vício verifica-se quando o plano não descreve com a devida concretização as medidas necessárias à sua execução ou não objectiva a forma como ulteriores declarações de vontade que o plano pressupõe devam ser prestadas”, incluindo nestas situações “(...) o plano onde se diz simplesmente que o pagamento ao credor hipotecário é para ser feito «mediante transformação do crédito hipotecário numa operação de leasing das instalações onde funcionava a insolvente»” (consultado em www.dgsi.pt).

¹³² Como vício de procedimento, temos o exemplo da admissão à votação de um credor sem direito de voto e em que os mesmos votos se revelem fundamentais para a obtenção de alguma das maiorias previstas no art. 212.º, n.º1 (v. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p. 331).

¹³³ No que respeita aos vícios de conteúdo, temos o exemplo de determinado plano decidir-se pela continuidade de exploração da empresa por parte do devedor sem que este tenha declarado por escrito a sua disponibilidade para tal – art. 202.º, n.º 1 e art. 224.º, todos do CIRE –, ou quando o plano disponha a conversão de créditos em participações sociais sem o consentimento dos titulares dos créditos em causa – art. 202.º, n.º 2, do CIRE – (v. COUTINHO DE ABREU, ob. cit., p. 331).

¹³⁴ Contudo, tal não obsta que qualquer interessado – nomeadamente os sujeitos referidos no n.º 3, do artigo 216.º do CIRE – possa “até à prolação da decisão, suscitar a questão ao tribunal, solicitando uma decisão não homologatória do plano ao abrigo daquele mesmo artigo” (neste sentido Ac. do TRG de 09 de Setembro de 2009, Processo: 910/07.4TBFLG-C.G1, cit.; CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao artigo 215.º, nota 6, pp.714).

beneficiar um credor (art. 250.º, n.º 2, do *InsO*)¹³⁵, ora é verdade, e em obediência ao princípio da igualdade, que são considerados nulos os acordos que confirmam vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado comportamento no âmbito do processo de insolvência, especialmente quanto ao exercício do direito de voto (art. 194.º, n.º 3 do CIRE), contudo a norma do *InsO* parece ser mais ampla abrangendo todos os casos em que a aprovação do plano tenha sido obtida de modo fraudulento que não apenas no âmbito do exercício do direito de voto, e por outro lado visa tutelar não apenas os credores lesados mas eventualmente o próprio devedor (a norma embora referindo-se de modo especial ao benefício de um credor, não está a excluir do seu âmbito de aplicação a tutela do devedor)¹³⁶. Não compreendemos a ausência deste preceito na lei portuguesa, até porque a mesma poderia obstar a verificação de situações de fraudes e de abusos no âmbito da aprovação do plano e por outro lado acautelava em termos mais adequados a posição do devedor.

Por outro lado, o juiz pode igualmente não homologar o plano a pedido (art. 216.º, n.º 1 do CIRE), desde que o requerente demonstre, em termos plausíveis, que:

- A sua situação é menos favorável, ao abrigo do plano, do que a que se verificaria na ausência dele (al. a))¹³⁷⁻¹³⁸; ou

¹³⁵ V. *supra* Parte II, ponto 3.2., p. 28.

¹³⁶ Imagine-se, por exemplo, que determinado plano é aprovado fraudulentamente com o intuito de prejudicar o devedor, nomeadamente decidindo-se pela liquidação da empresa em detrimento da sua recuperação – não para satisfazer os interesses económicos dos credores mas sim por interesses pessoais – pensamos nós que o juiz ao aperceber-se destas situações deverá recusar oficiosamente a homologação do plano de insolvência.

¹³⁷ Esta norma é a manifestação do princípio do *best interest creditors test* do USBC (v. *supra* ponto 3.2., p. 28).

¹³⁸ Este preceito não é contudo de fácil concretização, podendo ser apenas alcançável perante uma análise casuística da situação, recorrendo-se, para efeitos de prova, a um juízo de prognose “(...) que se traduz em comparar o que é previsto resultar do plano para o reclamante com aquilo que aconteceria na ausência de qualquer plano e, portanto, de se concretizar a liquidação universal do património do devedor, segundo o modelo supletivo legal”, ou seja, caberá ao requerente definir quanto recebe com o plano e quanto receberia sem o mesmo, “(...) o que muitas vezes se revestirá de extrema dificuldade exactamente porque importa avaliar a priori o que a massa insolvente pode render no caso de venda universal”, em todo o caso, a prova já estará facilitada nos casos em que “mesmo contra a vontade do atingido, se aprove um plano que prevê a redução de um crédito assistido de garantia real ou de privilégio incidente sobre bens que seriam suficientes para assegurar a totalidade do pagamento ou, pelo menos, um reembolso em percentagem superior à estabelecida no plano” (v. a este propósito, Ac. do TRP de 15 de Dezembro de 2005, Processo: 0535648, consultado em www.dgsi.pt). O Ac. do TRG de 22 de Novembro de 2007, Processo: 1953/07-1, considerou como menos favorável para o credor o plano de insolvência que não obstante atribuiu a aquele um pagamento de valor superior ao que poderia resultar da execução imediata de duas hipotecas de que o mesmo era beneficiário, estabelecia que o pagamento devesse ser feito faseadamente ao longo de 15 anos – pesou essencialmente na decisão do acórdão o facto de o credor ser uma instituição bancária e tendo em conta que nestas o factor tempo ser de extrema importância, esperar 15 anos para ver satisfeitos por completo o seu crédito seria demasiado prejudicial para aquela.

- O plano proporciona a determinado credor um valor económico superior ao montante nominal dos seus créditos sobre a insolvência, acrescido do valor das contribuições que este deva prestar (al. b))¹³⁹.

Têm legitimidade para a apresentação do requerimento de não homologação o devedor, desde que este não seja o proponente, os credores, sócios, associados ou membros do devedor – art. 216.º, n.º 3 do CIRE –, contando que manifestem nos autos a sua oposição ao plano (art. 216.º, n.º 1), porém, caso o plano tenha sido objecto de alterações na própria assembleia o requisito de manifestação da oposição será dispensado em relação a quem não tenha estado presente ou representado (art. 216.º, n.º 2), o mesmo regime também poderá ser aplicado a quem tenha votado contra na deliberação de aprovação¹⁴⁰.

O prazo para se requerer a não homologação, e na falta de disposição legal especial, é de 10 dias, nos termos do artigo 153.º, n.º 1 do CPC por remissão do artigo 17.º do CIRE¹⁴¹.

II – Após ser homologado o plano de insolvência ganha carácter vinculativo e torna-se plenamente eficaz perante todos os sujeitos intervenientes no processo¹⁴² e pode produzir vários efeitos, nomeadamente os previstos no artigo 217.^o¹⁴³:

1 – Alteração dos créditos sobre a insolvência introduzidas pelo plano de insolvência, incluindo os que não tenham sido reclamados ou verificados (n.º 1);

2 – Concessão de eficácia a quaisquer actos ou negócios jurídicos previstos no plano, independentemente da forma legalmente prevista, contando que constem no processo, e por escrito, as necessárias declarações de vontade dos credores ou de

¹³⁹O que resultaria numa violação do princípio da igualdade (art. 194.º, n.º 1 do CIRE).

¹⁴⁰ Neste sentido, CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit, anotação ao artigo 216.º, p. 123.

¹⁴¹ “que se articula com o prazo mínimo de 10 dias concedido ao juiz no artº 214º para proferir a sentença de homologação, o qual se conta a partir da publicação da deliberação da aprovação do plano prevista no artº 213º” (Ac. do TRP de 15 de Dezembro de 2007, Processo: 0734223, consultado em www.dgsi.pt).

¹⁴² A este propósito refere o Ac. do TRG, de 15 de Dezembro de 2009, Processo: 2363/08.0TBGMR.G1-A, cit., que “não é necessário, para que o plano de insolvência seja eficaz relativamente à Segurança Social, que haja um despacho do membro do Governo competente a autorizar a aprovação de tal plano, como se prevê, num outro contexto, no artº2.º,2 do DL 411/91, de 17-10”.

¹⁴³ No entendimento de CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, os efeitos da homologação do plano de insolvência não se esgotam no disposto do artigo 217.º, devendo-se ter em conta igualmente os dispostos nos artigos 197.º, 202.º e 230.º, n.º 1, alínea b) – ob. cit., anotação ao artigo 217.º, p. 722.

terceiros, ou que devessem ser posteriormente emitidas, prescindindo-se contudo do consentimento do devedor, sempre que o mesmo não seja necessário (n.º 2);

3 – Estabelecimento de título bastante para a constituição de novas sociedades, tal como a transmissão de bens em seu benefício e realização dos respectivos registos (n.º 3, alínea *a*)), redução ou aumento de capital, transformação, modificação dos estatutos, exclusão de sócios e alteração dos órgãos sociais da sociedade devedora, e realização dos respectivos registos (n.º 3, alínea *b*)).

Por outro lado, refere a n.º 4 do artigo 217.º que as medidas previstas no plano que tenham incidência no passivo do devedor, não afectam os direitos dos credores da insolvência contra condevedores ou terceiros garantes da obrigação, contudo, os mesmos só poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.

Transitada em julgado a sentença de homologação do plano de insolvência encerra-se o processo de insolvência, se a isso não se opuser o conteúdo do mesmo (art. 230.º, n.º 1, alínea *b*) do CIRE), por outro lado se o encerramento do processo tiver como base a homologação de um plano de insolvência que preveja a continuidade de uma sociedade comercial, esta retoma a sua atividade independentemente de deliberação dos sócios (art. 234.º, n.º 1 do CIRE).

3.9. Natureza jurídica e aproximação ao conceito de plano de insolvência.

I – Acabamos *supra* de verificar que o plano de insolvência, enquanto um instituto jurídico novo, assenta numa ideia de autonomia dos credores, na verdade, e de acordo com o espírito do atual regime falimentar, a finalidade principal do processo de insolvência é a satisfação dos interesses dos credores, podendo estes decidir como melhor entenderem sobre os destinos da empresa (liquidação ou recuperação). Ora qual será então a natureza jurídica deste instituto que dá tanta liberdade e tanto poder aos credores mas que ao mesmo tempo carece de uma sentença homologatória para que seja eficaz. Terá o plano de insolvência natureza negocial ou será um mero instrumento processual? Ou, por outro lado, terá uma natureza mista?

A análise da natureza jurídica do plano de insolvência tem uma grande importância do ponto de vista dogmático no sentido em que dá-nos a possibilidade de saber aonde enquadrar juridicamente o instrumento em causa, e, por outro lado, permite que nos aproximemos ao conceito daquela figura jurídica.

Encontram-se em confronto três teses distintas: a tese da natureza processual, a tese da natureza negocial e a tese da natureza dual ou mista.

Em defesa da natureza processual, pode alegar-se o facto do artigo 1º do CIRE definir o processo de insolvência como “um processo de execução universal cuja finalidade é a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”. Por outro lado, o plano de insolvência carece de ser homologado pelo juiz, logo aquele não seria mais do que um dos elementos constituintes da sentença, assumindo-se portanto como um instrumento de natureza judicial.

Por outro lado, poderá dizer-se que o plano de insolvência resulta de um acordo entre os credores, no âmbito do qual os mesmos poderão satisfazer as suas pretensões da maneira que melhor lhes aprouver, funcionando assim como uma *autocomposição de interesses*¹⁴⁴ logo revestindo de natureza negocial¹⁴⁵.

Há quem defenda ainda que o plano de insolvência é de natureza dual ou mista com características negociais e processuais, mais concretamente um negócio processual, aproximando-se a figura da transacção¹⁴⁶.

Os negócios processuais são negócios jurídicos que podem produzir efeitos processuais, no sentido em que são suscetíveis de constituir, modificar, ou extinguir uma situação processual¹⁴⁷, podendo inclusive produzir efeitos obrigacionais. Estes podem ser unilaterais ou bilaterais, e são, nas palavras de Miguel Teixeira de Sousa, a expressão da autonomia das partes em processo civil¹⁴⁸.

Entre os vários tipos de negócios processuais encontram-se: a desistência do pedido e da instância (art. 295.º do CPC), a confissão do pedido (art. 293.º, n.º 1 do

¹⁴⁴ V. SANTOS JÚNIOR, últ. ob. cit., p. 590.

¹⁴⁵ Neste sentido SANTOS JÚNIOR, últ. ob. cit., p. 591.

¹⁴⁶ Neste sentido, GISELA TEIXEIRA JORGE FONSECA, ob. cit., pp. 111 e ss.

¹⁴⁷ V a este propósito, JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, 3ª Edição, Lisboa, 2000, anotação ao artigo 293.º, nota 1, p. 69.

¹⁴⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª Edição, Lex, 1997, p. 193.

CPC) e a transação (art. 293.º, n.º 2), sendo que as partes no negócio serão as partes na ação.

A transação é um contrato pelo qual as partes previnem ou terminam o litígio mediante recíprocas concessões (art. 1248.º do CC), sendo que esta pode ser judicial ou extrajudicial (art. 1250.º do CC). Tratando-se de um contrato a transação deverá estar sujeita ao regime jurídico dos contratos (art. 405.º do CC) e dos negócios jurídicos em geral (art. 217.º e ss, do CC)¹⁴⁹.

Ora poderá o plano de insolvência ser considerado um negócio processual nos mesmos termos que a transação?

Para respondermos a esta pergunta deveremos antes de mais analisar as características do plano de insolvência e verificar se as mesmas coincidem com as da transação.

Como elementos essenciais do plano de insolvência temos: 1. A exigência de acordo entre os credores; 2. A produção de efeitos na esfera dos interessados (os credores); 3. A provação do plano pela assembleia de credores; 3. Necessidade de homologação judicial.

Ora tanto na transação como no plano de insolvência verifica-se um acordo entre os interessados, e carecem de homologação judicial – sendo que o juiz não poderá interferir sobre o conteúdo do respetivo acordo –, quer isto dizer que em ambas as figuras verifica-se uma *autocomposição de interesses no processo em causa*. Todavia, enquanto na transação as declarações de vontade são “contrapostas”, no sentido de se atingir um fim unitário – característico dos contratos, no plano de insolvência, as declarações de vontade são “paralelas” conduzidas a um mesmo fim. Enquanto a transação é um negócio jurídico bilateral, o plano de insolvência é um negócio jurídico plural¹⁵⁰, na medida em que as decisões resultam de uma votação por intermédio de um órgão coletivo (a assembleia de credores).

¹⁴⁹ V. PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª Edição, Coimbra Editora, 1997, anotação ao artigo 1248.º, nota 2, p. 930.

¹⁵⁰ Mas não plurilateral “por indiferenciação dos efeitos que possam distinguir partes” (neste sentido MENEZES CORDEIRO, citado por SANTOS JUNIOR, ob. cit., p. 590, nota de rodapé).

Por outro lado, na transação a lei exige uma *controvérsia* entre as partes (art. 1248.º, n.º 2 *in fine*)¹⁵¹, pelo contrário no âmbito do plano de insolvência não há nenhum direito controvertido, os credores reivindicam todos o mesmo, a satisfação dos seus créditos.

Finalmente a transação vincula apenas as partes signatárias no negócio, já o plano de insolvência, após ser homologado, é vinculativo para todos os interessados mesmo para os que tiverem votado contra o mesmo. Contudo após a homologação ambas as figuras acarretam efeitos obrigacionais e processuais.

Como podemos ver, e ao contrário do que à partida poderíamos supor estas figuras não são assim tão próximas.

Em todo o caso ambos os institutos são negócios jurídicos, porém não será pela necessidade de homologação judicial que fará caracterizar o plano de insolvência como uma figura de natureza mista. *Veritas*, a sentença judicial é condição de eficácia do plano, não tendo qualquer valor constitutivo¹⁵². Nas palavras de Carvalho Fernandes e João Labareda, a sentença de homologação “constitui (...) uma condição de eficácia, o que deve ser entendido um sentido duplo e complementar. Por um lado, antes dela os actos existirão mas não produzem efeitos – dir-se-á que há um processo formativo com trato sucessivo; por outro, após ela, nada mais é necessário para que se possa produzir a plenitude dos efeitos a que o acto se destina”¹⁵³.

A sentença homologatória visa essencialmente garantir a legalidade do plano de insolvência e o respeito pelo princípio da igualdade dos credores.

II – Neste sentido, e para uma aproximação ao seu conceito, podemos dizer que o plano de insolvência é uma figura de natureza *jurídico-negocial*, com carácter deliberativo, utilizada pelos credores para a satisfação dos seus interesses e que, uma vez homologada, produz efeitos obrigacionais e processuais.

¹⁵¹ V. V. PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, p. 930, nota 3.

¹⁵² Neste sentido, SANTOS JUNIOR, ob. cit., p. 590; CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao artigo 217.º, nota 8, p. 723-724.

¹⁵³ Ob. cit., p. 724.

Parte III

A problemática dos “excessivos” poderes dos credores

1. Ponto de chegada

Analizados que estão: os poderes dos credores e a forma como estes se manifestam no plano de insolvência, parece que estamos agora em condições de responder as questões levantadas no ponto 1. da parte II deste trabalho. Perguntava-se então se a opção pela liberdade e autonomia dos credores no que respeita aos destinos da empresa é a mais viável, e se será esta a melhor maneira de realização do “interesse público de regulação do mercado”.

Ora no que respeita a primeira questão, a única resposta possível é «Não», por um lado, porque a mesma acaba por pôr em causa outros interesses em jogo que podem até ser superiores aos interesses dos credores, e por outro lado porque a própria recuperação, não obstante ser uma finalidade secundária, está ainda mais dificultada, deixando de produzir efeitos práticos e ainda porque algumas medidas de recuperação, nomeadamente as relativas às sociedades comerciais, são muito questionáveis e completamente desproporcionais.

Quanto a segunda questão, devemos igualmente responder negativamente, é absolutamente questionável a afirmação de que os interesses dos credores funcionem como instrumentos fiáveis de regulação do mercado, alias muito pelo contrário, os credores movem-se sempre por interesses privados, acreditar-se no funcionamento de uma “mão invisível” para a resolução dos problemas da insolvência não parece ser o mais adequado. Continuando...

2. O papel dos credores na recuperação da empresa

Nos termos do artigo 47.º, n.º 1 do CIRE consideram-se credores “todos os titulares de crédito de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes na massa insolvente”, independentemente da sua nacionalidade e domicílio.

Os credores podem intervir no âmbito do processo de insolvência por intermédio da comissão de credores ou através da assembleia de credores.

A comissão de credores é nomeada pelo juiz, na própria sentença de declaração de declaração de insolvência, devendo ser constituída por três ou cinco membros e dois suplentes, sendo que a presidência da mesma recairá sobre o maior credor da empresa, e devendo dentro daquele lote estarem representadas todas as classes de credores (art. 66.º, n.º 1 do CIRE). A lei exige ainda que um dos membros deverá ser representante dos trabalhadores que detenham créditos sobre a empresa (n.º 3).

Por outro lado, a assembleia de credores – que é convocada pelo juiz, após a declaração da insolvência, por iniciativa própria ou a pedido do administrador da insolvência, da comissão de credores, ou de um credor ou grupo de credores que representem pelo menos um quinto do total dos créditos não subordinados (art. 75.º, n.º 1 do CIRE) – pode por iniciativa própria criar ela mesma uma comissão de credores, composta por três, cinco ou sete membros e dois suplentes, designar o presidente e alterar a qualquer altura a composição da mesma, independentemente da existência de justa causa (art. 67.º n.º 1 do CIRE). Podendo igualmente, nos termos do mesmo artigo, prescindir da comissão de credores nomeada pelo juiz, substituir os seus membros ou eleger dois membros adicionais.

Cabe à comissão dos credores, além de outras funções, fiscalizar e prestar colaboração ao administrador da insolvência, podendo igualmente examinar livremente os elementos contabilísticos do devedor e solicitar ao administrador da insolvência as informações e a apresentação dos elementos que considere necessários (art. 68.º do CIRE). Caberá ainda à comissão de credores, ou, caso esta não exista, à assembleia de credores, dar o seu consentimento quanto a prática de atos jurídicos que assumam especial relevo para o processo de insolvência (art. 161.º, n.º 1 do CIRE), sendo que consideram-se atos de especial relevo os elencados no n.º 3 daquele artigo.

Caberá igualmente à assembleia de credores decidir não só sobre a continuidade ou liquidação da empresa (art. 156.º, n.º 2 do CIRE), mas também caberá a mesma dar o seu consentimento quanto determinados atos, nomeadamente deliberar sobre a atribuição da administração da massa insolvente ao próprio devedor (art. 224, n.º 3 do CIRE).

A assembleia de credores pode inclusive dar-se ao luxo de ordenar ao administrador da insolvência, aquando da apreciação do seu relatório, que elabore um plano de insolvência – que nomeadamente preveja a viabilização da empresa –, para depois voltar atrás da decisão, revogando a deliberação ou modificar para um plano de liquidação (n.º 6, do art. 156.º do CIRE). Porém, tendo sido aprovado o plano de insolvência o mesmo já não poderá ser revogado, e, admitimos nos, alterado, a não ser que seja recusada a sua homologação nos termos dos artigos 215.º e 216.º¹⁵⁴.

Como se pode ver os credores gozam de um poder discricionário bastante amplo, não estando obrigados a preservar a empresa, ainda que viável economicamente, fazendo-o apenas quando tal esteja de acordo com os seus interesses.

3. O papel dos trabalhadores na empresa e o interesse na sua preservação

Os trabalhadores ou colaboradores da empresa serão muito provavelmente os únicos credores que estarão verdadeiramente interessados na preservação daquela e na sua recuperação. Entre manter os seus postos trabalho ou serem ressarcidos pela liquidação da empresa, os trabalhadores optam sempre pela primeira opção. E não é de estranhar, na medida em que são os trabalhadores que convivem diariamente no seio daquela unidade produtiva, ninguém melhor do que eles sabe como ela funciona, das suas dificuldades, e da maneira mais adequada para que a mesma saia da crise em que se encontra. Por outro lado, é a empresa quem paga o seu sustento, daí que para os trabalhadores haverá sempre prevalência da recuperação em detrimento da liquidação do ente insolvente, não com o intuito de ressarcir os seus créditos mas sim em manter os seus postos de trabalho.

¹⁵⁴ V. a este propósito CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA, ob. cit., anotação ao artigo 156.º, nota 4, p. 516.

Mais do que mera força de trabalho, os trabalhadores fazem parte da estrutura da empresa, podendo inclusive ser acionistas da mesma, com direito a participar nos lucros¹⁵⁵. Ora no âmbito laboral, o trabalhador pode intervir na empresa: por um lado, por intermédio de uma comissão de trabalhadores e, por outro, através das comissões sindicais de empresa¹⁵⁶⁻¹⁵⁷.

As comissões de trabalhadores representam todos os trabalhadores que prestam a sua atividade subordinada numa determinada empresa, independentemente do sindicato em que estiverem inscritos, ainda que não estejam sindicalizados (art.º 415.º, n.ºs 1.º e 3.º do CT).

As comissões sindicais são constituídas por trabalhadores de uma empresa, eleitos pelos seus pares sindicalizados no mesmo sindicato, por outras palavras os trabalhadores inscritos no mesmo sindicato elegem os seus delegados que por sua vez constituem a comissão sindical (art.º 442.º, 1.º, alínea g) do CT).

Ora a intervenção dos trabalhadores na empresa é tutelada pela lei fundamental, ao referir que “é direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para a defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa (art.º 54.º, n.º 1 da CRP)¹⁵⁸. De acordo com Romano Martinez, deve admitir-se que em certa medida os interesses dos empresários se conciliem com os interesses “daqueles que com o seu trabalho, mantêm a empresa em laboração”¹⁵⁹, o autor continua, dizendo que é preciso “harmonizar tais interesses; pelo que se permite que haja intervenção dos que laboram na empresa relativamente ao poder do empresário”¹⁶⁰. A este propósito refere o artigo 64.º do CSC que «os gerentes, administradores ou diretores de uma empresa devem atuar com diligência (...) no interesse da sociedade tendo em conta os interesses dos

¹⁵⁵ Veja-se o caso de a empresa atribuir determinadas ações privilegiadas, embora sem direito de voto, aos trabalhadores.

¹⁵⁶ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 4ª Edição Reimpressa, Almedina, 2008, p. 1060.

¹⁵⁷ Acrescenta-se a estas duas possibilidades os conselhos europeus, mas apenas quando esteja em causa uma empresa com dimensões comunitárias.

¹⁵⁸ Tal intervenção democrática na vida da empresa teve início poucos meses após à revolução de Abril de 1974, estando portanto carregada de uma certa conotação política. Nas palavras de Romano Martinez, tal situação era resultado de “uma intervenção de base, exercida em paralelo àquela que era feita pelos sindicatos”. Dando assim origem a um “contra-poder dentro da empresa, para intervir na atuação desta, com vista à defesa dos interesses dos trabalhadores, independentemente de se encontrarem sindicalizados”. Deste modo, e tendo em conta o reduzido número de trabalhadores sindicalizados, era por intermédio da comissão dos trabalhadores que se obtinha “uma intervenção alargada nas empresas, mesmo daqueles trabalhadores que não estivessem sindicalizados” (ob. cit., pp. 1060-1061).

¹⁵⁹ Ob. cit., p. 1061.

¹⁶⁰ Ob. e loc. cit.

sócios e dos trabalhadores», é a manifestação do princípio do interesse social. Ora com base nisso, e no âmbito da sua intervenção na empresa, a comissão dos trabalhadores tem o direito de intervir na reestruturação económica da empresa de forma a garantir os interesses dos trabalhadores (art.º 54.º, n.º 3 da CRP), podendo para tal, nos termos do artigo 423.º, n.º 1 do CT: Receber informação necessária ao exercício da sua atividade (alínea *a*)); Exercer o controlo da gestão da empresa (alínea *b*)); Participar, entre outros, em processo de reestruturação da empresa, na elaboração dos planos e dos relatórios de formação profissional e em procedimentos relativos à alteração das condições de trabalho (alínea *c*)); Gerir ou participar na gestão das obras sociais da empresa (alínea *e*)); Reunir, uma vez por mês, com o órgão de gestão da empresa para a apreciação de assuntos relacionados com o exercício dos seus direitos (alínea *g*)).

De todas aquelas faculdades, a que ganha mais relevo é mesmo a possibilidade de controlo da gestão da empresa, sendo que o mesmo «visa promover o empenhamento responsável dos trabalhadores na gestão da empresa (art.º 426.º, n.º 1 do CT). No âmbito deste controlo de gestão, a comissão de trabalhadores pode, entre outros: apreciar e emitir pareceres sobre o orçamento da empresa, tal como acompanhar a execução do mesmo; promover a adequada utilização dos recursos técnicos, humanos e financeiros; promover, junto dos órgão de gestão e dos trabalhadores, medidas que contribuam para a melhoria da atividade da empresa, nomeadamente no domínio dos equipamentos e da simplificação administrativa, etc.

Posto isto é fácil depreender que o interesse dos trabalhadores na manutenção da empresa não é meramente teórico, ele tem aplicação prática. Os trabalhadores são parte da empresa, logo a crise desta afeta mais a aqueles do que a qualquer outro credor.

Contudo no âmbito do processo de insolvência, e no que respeita ao poder de decisão sobre os destinos da empresa, os trabalhadores têm uma intervenção residual.

É certo que eles participam na assembleia de credores e deliberam no âmbito da mesma (artigo 66.º, n.º 3 do CIRE)¹⁶¹, porém, eles não são, normalmente, os maiores

¹⁶¹ Em bom rigor os trabalhadores só se tornam credores quando detenham créditos sobre a empresa, quer isto dizer que se os trabalhadores não tiverem créditos sobre a empresa no momento da declaração da insolvência, poderão não estar representados na assembleia de credores (a este propósito art.º 47.º, n.º 1, do CIRE). Os créditos dos trabalhadores no processo de insolvência podem assumir natureza diversa: caso existam créditos à data da sentença de declaração de insolvência (por exemplo indemnização resultante de um acordo de cessação do contrato de trabalho) então teremos créditos da insolvência que devem ser reclamados dentro prazo fixado na sentença declaratória da insolvência (art.º

credores da insolvência¹⁶², embora tendo grande interesse pela continuidade da empresa, nada podem fazer para concretiza-lo.

Em nome do princípio da igualdade, todos os credores devem estar sobre o mesmo plano, não devendo existir prevalência ou privilégio de uns sobre os outros. Mas será que os trabalhadores estão em pé de igualdade com os outros credores? Entre o dinheiro investido e o emprego quem é que fica a perder mais? A regra do princípio da igualdade é de que perante situações iguais deve haver um tratamento igual, mas perante situações desiguais exige-se igualmente um tratamento desigual. É a exigência de uma igualdade material e não meramente formal.

Os trabalhadores no âmbito do processo de insolvência têm sido sempre o elo mais fraco, e no final são os que mais saem prejudicados. Não lhes tem sido dada merecida importância, o que não se compreende na medida em que eles podem ter um papel fundamental no processo negocial para a recuperação da empresa.

4. Liquidação *versus* Recuperação. O interesse particular dos credores *versus* interesse socioeconómico da colectividade.

A via pela liquidação e consequente satisfação dos credores não é a mais adequada para a satisfação de todos os interesses em jogo, mas sim os interesses de uma das partes afectadas pela situação de insolvência. Por outro lado ela acarreta consequências muito negativas para a colectividade. Quer isto dizer, que o risco pela crise da empresa não recai apenas sobre o empresário e os seus credores mas também sobre o resto da comunidade aonde a empresa estiver inserida.

Isto leva-nos à conclusão de que a insolvência não produz efeitos apenas sobre o comerciante devedor mas interfere igualmente sobre interesses públicos como o desenvolvimento económico, a estabilidade no emprego e a harmonia social.

128.º, 1.º do CIRE). Contudo, tendo sido decretada a insolvência da empresa e mantendo-se os contratos – os contratos de trabalho não cessam com a declaração de insolvência (art. 347.º, n.º 1 do CT, *ex vi* art. 277.º do CIRE) –, os trabalhadores ficam com um crédito sobre a massa insolvente. Caso o administrador da insolvência decida manter os contratos de trabalho, os salários serão considerados dívidas da massa insolvente (art.º 51.º, n.º 1 alínea c) do CIRE), devendo ser pagos em primeiro lugar (art.º 47.º, n.º 1 e 46.º, n.º 1 do CIRE).

¹⁶² Este papel é geralmente ocupado pelo Estado, pela Segurança Social e pelas entidades bancárias.

Deste modo, deve a recuperação prevalecer sobre a liquidação, devem os interesses socioeconómicos prevalecerem sobre os interesses particulares dos credores.

Mas isto não quer dizer que a recuperação tenha de ser levada a cabo a qualquer custo. Devem ser ponderados todos os interesses em jogo, tanto os interesses públicos como os interesses privados, e por outro lado, a recuperação deverá ter sempre como pressuposto de aplicabilidade a viabilidade económica da empresa. A empresa por seu turno será economicamente viável quando, atendendo à sua estrutura produtiva (quantidade e natureza dos fatores produtivos, espécies e qualidade dos objetos que produz ou pode produzir) e à estrutura do mercado a que se insere (quantidade e qualidade das empresas concorrentes, preços dos produtos em causa, níveis de consumo), apresenta condições para gerar lucros ou cobrir custos de produção. E será financeiramente recuperável quando, conseguir manter o equilíbrio despesas/receitas (capacidade de obtenção de novos créditos), considerando deste modo a possibilidade de cumprir obrigações presentes e futuras¹⁶³.

Ora o actual CIRE, embora não dando prevalência à liquidação, dá total liberdade aos credores para decidirem sobre os destinos da empresa da maneira que melhor entenderem. O que quer dizer que os mesmos podem decidir pela liquidação da empresa independentemente de a mesma ter ou não viabilidade económica. Nestes termos, e apesar das referências à recuperação da empresa – nomeadamente impondo ao administrador da insolvência, aquando da realização do seu relatório, que faça referência sobre as vantagens da recuperação, recomendando a elaboração de um plano de recuperação – a verdade é que aquela não é um fim do processo de insolvência mas sim uma das várias possibilidades à escolha dos credores¹⁶⁴, estes não são obrigados a ponderarem sobre a recuperação da empresa, só estão vinculados a considerar sobre os seus próprios interesses (económicos), que é como quem diz a satisfação dos seus créditos.

Um exemplo paradigmático da grande autonomia e poder de decisão dos credores, no que respeita aos destinos da empresa, tem precisamente a ver com o mais recente caso da Transportadora Nacional de Camionagem (TNC), declarada insolvente a 5 de

¹⁶³ COUTINHO DE ABREU, *Providências de recuperação de empresa e falência*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIV, Coimbra, 1998, p. 114.

¹⁶⁴ V. a este propósito, Ac. do TRG, de 09 de Julho de 2009, Processo: 910/07.4TBFLG-C.G1, cit..

Janeiro de 2010¹⁶⁵. Ora não obstante se ter confirmado a viabilidade económica da TNC, tanto pelo Instituto de Apoio as Pequenas e Médias Empresas Industriais (IAPMEI) como pelo Ministério da Economia e do Emprego (MEE), e por força disto ter sido apresentado um plano de recuperação da empresa, a verdade é que a mesma pode ser liquidada se os credores assim o entenderem, correndo-se o risco de levar para o desemprego milhares de trabalhadores e de perder-se uma importante unidade de produção de riqueza. A ameaça de liquidação da TNC, já levou inclusive o MEE a intervir e a comprometer-se a ajudar no que for possível no sentido de se evitar a extinção da empresa. Tudo isto seria desnecessário se a lei determinasse como condição *sine qua non* a verificação da viabilidade económica da empresa, antes de ser declarada a sua liquidação pelos credores.

5. O papel do Ministério Público enquanto garante do interesse público.

Como acabamos de verificar na segunda parte do presente trabalho, uma das grandes alterações do atual regime da insolvência em relação ao regime anterior é precisamente o facto de o poder de intervenção das entidades judiciais no processo ser consideravelmente reduzido, é a chamada *desjudicialização* do processo de insolvência. Neste âmbito, o Ministério Público (doravante MP) surge na maior parte das vezes enquanto representante dos credores públicos da insolvência (art. 13.º, n.º 1 do CIRE)¹⁶⁶. Contudo questionamos: estará o MP, no âmbito do processo de insolvência limitado a posição de representante do Estado, ou a sua intervenção poderá ir mais além, em nome do carácter público das suas funções?

O antigo CPEREF previa no seu artigo 8.º, n.º 2, segunda parte, que o MP pudesse requerer a adoção de uma providência de recuperação quando a empresa tivesse sido declarada em “situação economicamente difícil” e desde que houvesse “interesse económico e social na manutenção da sua actividade”. Neste caso, o MP não aparecia

¹⁶⁵ Em sentença publicada no Diário da República, 2ª série, n.º 2, de 5 de Janeiro de 2010.

¹⁶⁶ Em todo o caso, e por força do art.º 3.º, n.º 1, alínea *a*) do EMP e dos arts.º 15.º, 16.º e 17.º todo do CPC, o MP pode igualmente atuar no processo de insolvência na qualidade de representante dos incapazes, dos incertos e dos ausentes em parte incerta, nomeadamente intentando a ação, se tal se mostrar necessário à tutela dos direitos e interesses respetivos.

como mero representante dos credores públicos e defensor dos seus direitos de crédito, mas sim como “agente da realização do interesse público”¹⁶⁷.

Com o atual regime, o MP passa a atuar enquanto representante do credores públicos, nomeadamente no que respeita à legitimidade para requerer a declaração da insolvência.

Porém não nos parece que a atuação do MP se deva limitar a de mero representante dos credores públicos, principalmente tendo em conta a autonomia e importância daquela figura no sistema judicial português.

Para além do exercício da ação penal, o MP tem como função primordial representar o Estado (art.º 219.º, n.º 1 da CRP, art.º 1.º do EMP e art.º 20.º, n.º 1 do CPC). Parafraseando Catarina Serra, neste âmbito “se enquadra toda a atividade processual desenvolvida pelo Ministério Público para a defesa dos direitos de crédito titulados pelo Estado e por outras entidades públicas, isto é, a representação destes em juízo, na defesa dos seus interesses patrimoniais”¹⁶⁸. Cabendo-lhe igualmente como função essencial a defesa dos interesses que a lei determinar (art.º 219.º, n.º 1, da CRP e art.º 1.º do EMP), nomeadamente “intervir nos processos de falência e insolvência e em todos os que envolvam interesse público” (art.º 3.º, n.º 1, alínea *l*), do EMP). A conjugação destas normas permite-nos concluir: por um lado que o processo de insolvência reveste de carácter público; e por outro que sem prejuízo dos termos fixados em lei especial, o MP poderá intervir no processo de insolvência em defesa do interesse público¹⁶⁹.

A latere, nem todo o interesse público presente no processo de insolvência é de carácter patrimonial, falamos de interesses como a defesa do crédito público¹⁷⁰, da economia, do desenvolvimento económico. É preciso não esquecer que incluem-se no quadro das tarefas fundamentais do Estado “(...) a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, mediante a transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais” – (art.º 9.º, alínea *d*), da CRP) – cabendo ao Estado “promover a coesão económica e social de todo o território nacional, orientando o desenvolvimento

¹⁶⁷ CATARINA SERRA, *A falência...* cit., p. 302.

¹⁶⁸ *A falência...*, cit., p. 305. V. igualmente art.º 53.º, alínea *a*), do EMP.

¹⁶⁹ V. CATARINA SERRA, *A falência...*, cit., p. 306.

¹⁷⁰ Referimo-nos neste sentido aos “interesses do crédito em sentido objetivo (...), ou seja, a confiança, a segurança e a estabilidade nos compromissos jurídico-económicos como factor decisivo para o bom funcionamento do sistema económico” (v. CATARINA SERRA, *A falência...*, cit., p. 306).

no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões (...)” – (art.º 81.º, alínea *d*), da CRP).

Neste sentido parece-nos legítimo questionar se o MP não terá legitimidade para intervir e limitar o poder de decisão dos credores quanto ao destino da empresa sempre que estejam em causa os interesses públicos acima referidos? Por outras palavras, não terá o MP legitimidade para agir quando: nomeadamente os credores se decidam pela liquidação de determinada empresa viável, pondo-se assim em causa essencialmente o desenvolvimento económico; ou, por outro lado, quando os credores se decidam por recuperar determinada empresa inviável com as graves consequências que isto podia acarretar para a segurança e estabilidade do circuito económico.

6. O papel das empresas no desenvolvimento socioeconómico das sociedades e as consequências da sua extinção.

6.1. O interesse na conservação da empresa.

As empresas¹⁷¹ são atualmente as grandes impulsionadoras da actividade económica mundial, enquanto agentes económicos elas desempenham um papel fundamental na produção e circulação de bens e serviços e são também importantes fontes geradoras de emprego e de receitas fiscais para os Estados, neste sentido, a empresa desempenha um importante contributo para o rendimento nacional do país e para o bem-estar social. Com a criação de emprego, a empresa contribui para que as famílias tenham maior poder de compra e logo sejam mais consumidoras, mas também que estas tenham uma fonte autónoma de rendimentos, melhorando assim a sua qualidade de vida. Por outro lado, através da produção e circulação de bens e serviços a empresa acaba por ser um forte estímulo para a economia, contribuindo de forma decisiva para o equilíbrio da balança de pagamentos dos Estados, através dos processos de importação e de exportação.

Ora a importância das empresas nas sociedades contemporâneas já advém desde a revolução industrial, sendo que actualmente aquelas ganharam uma posição central no

¹⁷¹ Referimo-nos *maxime* as empresas comerciais (v. art. 230.º do CCom). Sobre as espécies de empresas quanto ao seu objecto, nomeadamente: empresas comerciais, empresas não comerciais e empresas artesanais, v. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade – As empresas no Direito*, Reimpressa, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 25 e ss.

cenário político-económico da sociedade globalizada¹⁷², o poder e a influência das empresas em todo o mundo é de tal maneira elevado que algumas delas chegam a apresentar um PIB (Produto Interno Bruto) superior ao de muitos Estados¹⁷³.

Ora nestes termos é razoável exigir-se ao Direito que regule a crise da empresa quando esta se encontre em dificuldades, e por outro lado, que adote mecanismos no sentido de a recuperar, desde que a mesma tenha viabilidade económica, até porque as empresas inviáveis devem ser extintas o mais rapidamente possível, possibilitando assim o saneamento da economia.

O atual CIRE, e ao contrário do que sucedia com o antigo CPEREF, não faz qualquer referência à conservação da empresa em crise, no sentido de se estimular a sua recuperação, pelo contrário, dá aos credores a liberdade de escolha. Por outro lado, o princípio da conservação da empresa apenas é referenciado no âmbito do direito das sociedades e nas situações de exclusão de sócio, nomeadamente nos casos em que o seu comportamento seja lesivo para a sociedade e ponha em causa a subsistência da empresa (a este propósito, art.º 242.º, n.º 2, do CSC)¹⁷⁴. Pensamos contudo que este princípio não se deve limitar a estas situações devendo aplicar-se, por imperativos de justiça material¹⁷⁵, aos casos de possível extinção de empresas viáveis, em processos de insolvência. Assim, em nome do princípio da conservação da empresa viável, deverão ser recuperadas aquelas empresas que apresentem viabilidade económica para tal. A consagração deste princípio enquanto princípio fundamental de direito¹⁷⁶ justifica-se na medida em que ele vai para além do interesse da empresa enquanto tal já que procura ao

¹⁷² A este propósito refere MARIO FERREIRA MONTE, que “o poder que outrora foi dividido, de acordo com a *magna divisio* tripartida. Pelo executivo, pelo deliberativo e pelo judicial, funcionando num equilíbrio perfeito, deu lugar, no Estado providência, à intensificação do poder executivo, como não podia deixar de ser, poder esse que, compreendendo hoje que os actores principais no mercado já não são os indivíduos, nem tão pouco as classes, mas sim as organizações, permite – porque não tem outro remédio – que o eixo do poder passe pelas empresas e pelos organismos (prefácio da obra de PAULO SILVA FERNANDES, *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 17).

¹⁷³ V. FERREIRA MONTE, ob. cit., p. 17.

¹⁷⁴ V. a este propósito, ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, *O direito exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, Reimpressa, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 37 e 47, ss.

¹⁷⁵ Fazendo-se aqui referência ao princípio da igualdade, até porque nestas situações também está em causa a subsistência da empresa.

¹⁷⁶ São princípios jurídicos que, “porque são exigências feitas a todo e qualquer ordenamento jurídico se este quer ser coerente com a sua própria pretensão de legitimidade e validade, são transcendentais às decisões positivadoras do legislador e por isso mesmo são válidas de per si num Estado de Direito porque representam postulações eliciadas da própria «ideia de Direito»”(v. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002, p. 163).

mesmo tempo acautelar outros interesses que poderão ficar lesados com a extinção daquela, nomeadamente: a estabilidade do emprego, o desenvolvimento económico e a harmonia social. Ora estes interesses, por serem de ordem pública, não podem ficar a mercê do livre arbítrio dos credores. É preciso não esquecer que a função primordial do direito é o alcance da justiça social.

6.2. A lei brasileira e o princípio da função social da empresa

Em termos comparativos, e atento a relevância socioeconómica da empresa, o legislador brasileiro consagrou, o princípio constitucional da função social da empresa¹⁷⁷. Este princípio teve origem após a revolução industrial, tendo em conta a relevância da atividade empresarial após aquele período, e resulta igualmente da ideia de função social do direito¹⁷⁸.

A função social da empresa é o princípio orientador da Lei brasileira de Falências e Recuperação de Empresas (Lei 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005).

Aquela Lei, e tal como acontecia com o antigo CPEREF, tem um processo de recuperação, passando assim a regular as medidas de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (art.º 1).

Nos termos da mesma Lei, “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise económico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade económica” – (art.º 47.º). As medidas de recuperação estão elencadas no seu art.º 50.º, é curioso ver que entre todas aquelas medidas, nenhuma delas prevê a exclusão dos sócios da sociedade devedora – como acontece com as medidas de recuperação do plano de insolvência –, prevendo antes a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação dos seus órgãos administrativos (n.º IV), o

¹⁷⁷ Neste sentido, LARISSA SILVA GOMES, *Função Social e Recuperação de Empresas – Uma abordagem sobre o prisma da ordem económica constitucional e da análise económica do Direito*, consultado em: <http://jus.com.br/revista/texto/15040/funcao-social-e-recuperacao-de-empresas>. Embora não tendo expressa consagração constitucional, defende a autora que o princípio da função social da empresa pode ser depreendido dos princípios constitucionais da função social da propriedade e da propriedade privada. V. também a este propósito, LUIZ FERNANDO DE CAMARGO PRUDENTE DO AMARAL, *A função Social da Empresa no Direito Constitucional Brasileiro*, SRS Editora, 2008, pp. 91 e ss.

¹⁷⁸ V. LUIZ PRUDENTE DO AMARAL, ob. cit., pp. 65 e 115.

que desde logo compreende-se na medida em que serão os administradores, em princípio, os principais responsáveis pelo estado de insolvência da empresa.

Por outro lado, para que o devedor se possa sujeitar a recuperação, ele deverá exercer regularmente a sua atividade comercial a mais de 2 (dois) anos (art.º 48.º), atendendo cumulativamente os seguintes requisitos:

I – não ser falido e, se tiver sido, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de recuperação para micro e pequenas empresas;

IV – não tiver sido condenado, ou ter como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por crimes falimentares.

Por outro lado, o processo de recuperação poderá ser convertido em processo de falência:

I – Em caso de indeferimento do benefício da recuperação;

II – Por deliberação da assembleia-geral de credores, que respondam por mais de metade dos créditos reconhecidos;

III – Pela não apresentação do devedor de um plano de recuperação no prazo de 60 dias (contados a partir da data da publicação da decisão de deferir o processamento da recuperação judicial);

IV – Quando não se verificar o cumprimento de qualquer das obrigações assumidas no plano de recuperação.

O CIRE não prevê qual a consequência no caso de o devedor, por exemplo, não cumprir com as obrigações previstas num plano de recuperação. Ora pensamos, e tendo como inspiração a Lei brasileira, que o processo poderá passar automaticamente para a fase de liquidação. Obstando-se assim a uma abertura desnecessária de um novo processo.

O princípio da função social eleva a empresa para um patamar de interesses que a coletividade quer ver preservado. Aliás a função social da empresa acaba por ser uma manifestação do princípio jurídico da conservação da empresa, segundo o qual, as atividades de produção de riqueza devem ser protegidas sempre que possível¹⁷⁹, reconhecendo-se assim os efeitos negativos que a extinção da empresa pode causar, não só para o empresário, mas também para os trabalhadores, os consumidores, os fornecedores e o próprio Estado. Atualmente, numa sociedade globalizada em que nos encontramos, o papel da empresa na sociedade é de tal maneira fundamental, ao ponto de os efeitos da sua falência repercutirem-se além-fronteiras¹⁸⁰.

6.3. A *Ley Concursal* espanhola

A *Ley Concursal* espanhola (Lei 22/2003 de 9 de Julho)¹⁸¹, prevê um processo único aplicável à insolvência, o *concurso*, que veio substituir os anteriores processos (nomeadamente *suspension de pagos*, *quiebra*, *quita y espera* e *concurso de acredores*). Para a doutrina maioritária espanhola¹⁸², o *concurso* tem como base a ideia de conservação da empresa, em todas as suas fases.

Ora o processo de insolvência espanhol está dividido em duas fases:

I – A fase comum ou de *observación*, que tem o seu início com a *declaración de concurso* (art.º 21.º da LC) e termina com a apresentação do relatório da *administración concursal* (arts.º 74.º e 75.º da LC), tem como principal objetivo conservar o património do devedor e continuar a atividade da empresa, nomeadamente, que aquela continue a laborar, manutenção dos contratos de trabalho e das relações contratuais, e, por outro lado, impedir todos os atos tendentes a perturbar os elementos patrimoniais ou a provocar o encerramento da empresa.

II – A segunda fase que pode ser, alternativamente: de *convenio* (arts.º 99.º a 141.º da LC) ou de *liquidación* (arts.º 142.º a 162.º). O *convenio* é a solução prioritária do concurso e tem como objetivo a continuação da empresa viável, estando para tal dívida

¹⁷⁹V. GLADSTON MAMEDE, *Manual de direito empresarial*, São Paulo, Atlas, 2005, p. 417.

¹⁸⁰Veja-se o caso da *Qimonda*.

¹⁸¹Consultada em www.boe.es/consultas/documento.

¹⁸² EMILIO GONZÁLEZ BILBAO, *Identificación de los “interesses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva ley concursal*, citado por CATARINA SERRA, *A falência...*, cit., p. 223.

em duas modalidades: o *convenio anticipado* (que só pode ser requerido por uma determinada categoria de devedores) e o *convénio ordinário* (que já pode ser requerido tanto pelos devedores como pelos credores). Não sendo possível o convênio então opta-se pela *liquidación*.

Parte da doutrina espanhola tem contudo manifestado reservas quanto a eficácia da solução legal, por um lado porque deixa nas mãos do devedor a opção pelo *convenio*, contrariando assim o objetivo fixado pela lei¹⁸³⁻¹⁸⁴, e, por outro lado, ao impor limitações ao conteúdo do *convenio* (v. art.º 100 da *LC*), a lei estará a originar resistências à celebração do *convenio*¹⁸⁵.

Consequentemente, e porventura como resultado daquelas críticas e igualmente motivado pela grave crise económica que abalou a Europa e o mundo, o legislador espanhol introduziu alterações à *Ley Concursal*, através do *Real Decreto – ley 3/2009* de 27 de Março¹⁸⁶.

7. Proprietários económicos da “empresa” ou da “sociedade”?

Algumas medidas de recuperação, são muito questionáveis quanto aos seus efeitos, nomeadamente o caso das medidas aplicáveis às sociedades comerciais. Estas acabam por ser excessivas e desproporcionais, para os seus destinatários – os sócios – como por outro lado distorcem por completo a realidade societária.

São desproporcionais e excessivas na medida em que podem prever sem qualquer tipo de limitações ou justificações a exclusão de todos os sócios de responsabilidade ilimitada, como igualmente dos sócios de responsabilidade limitada – quando se verifique a redução do capital social a zero e não seja atribuído o direito de preferência aos sócios. Embora não possamos incluir neste lote os sócios de sociedades anónimas, tendo em conta a impossibilidade de aumento e redução do capital social nestas

¹⁸³ FAUSTINO CORDÓN MORENO, ÁNGEL ROJO e JUANA PULGAR EZQUERRA, citados por CATARINA SERRA, *A falência...*, cit., p. 223.

¹⁸⁴ A *Exposición de motivos da Ley n.º 22/2003, de 9 de julio, concursal* (n.º VI), refere que: “*El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los credores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*”.

¹⁸⁵ CARLOS ROMERO DE SANZ DE MADRID, *Derecho Concursal*, citado por CATARINA SERRA, *A falência...*, cit., p. 223.

¹⁸⁶ Sobre estas alterações, v. *infra* ponto 9., p. 69.

sociedades, por força da 2.^a Directiva em matéria de sociedades. A verdade é que nas sociedades por quota, em nome colectivo e em comandita, os seus sócios podem ser excluídos, independentemente de terem ou não responsabilidades na situação de insolvência. Por outro lado, estas medidas não visam, ao contrário do que diz à lei, a recuperação da empresa, mas sim a tomada de posse dos credores sobre a sociedade.

A *latere*, a conjugação destas medidas com outras previstas no art. 198.º, que são em regra da exclusividade dos sócios, leva a crer que os credores, por força da insolvência não se tornarão apenas proprietários económicos da “empresa” mas verdadeiros proprietários da “sociedade”. É preciso ter em conta que a sociedade não se deve confundir com a empresa, embora se verifique uma “estreita ligação” entre ambas – geralmente as sociedades são criadas para a exploração de uma empresa –, a verdade é que são duas realidades completamente distintas¹⁸⁷. Pode efectivamente verificar-se uma sociedade que não corresponda a empresa (v.g., as sociedades de profissionais liberais e de artesãos), e empresas que não sejam exploradas por sociedades (v.g., as empresas exploradas por pessoas singulares)¹⁸⁸.

Embora seja legítimo que os credores, por força dos seus direitos, possam reivindicar os mesmos da maneira que melhor lhes aprouver, tal não significa, porém, que aqueles passem a ser os decisores do destino da sociedade.

8. A falácia da recuperação

Uma das alterações promovidas pelo CIRE foi, como já *supra* verificamos, a extinção do processo de recuperação, ficando apenas o processo de insolvência. Podendo a empresa ser recuperada, nomeadamente, por intermédio de um plano de insolvência. Em todo o caso, mesmo prevendo medidas de recuperação, estas seriam sempre meramente instrumentais à finalidade principal que seria sempre a satisfação dos credores. Ora acontece, contudo, que o processo de recuperação está ainda mais dificultado, ao contrário do que se esperava.

¹⁸⁷ V. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Reimpressa, Almedina, 2009, p. 201.

¹⁸⁸ Sobre a distinção entre empresa e sociedade v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 22 e ss.).

Veritas, para aprovar o plano de insolvência, a assembleia de credores só se poderá reunir depois de transitada em julgado a sentença de declaração de insolvência, de esgotado o prazo para a impugnação da lista de credores reconhecidos e de realizada a assembleia de apreciação do relatório (art. 209.º, n. 2 do CIRE). Quer isto dizer que para se aprovar um plano de insolvência – que estabeleça medidas de recuperação – a assembleia de credores terá de esperar um longo período, que poderá prolongar-se ainda mais se acrescentarmos os embargos e os recursos sobre a mesma sentença. Utilizando as palavras de Fátima Reis Silva, “difícilmente uma empresa se «aguentará» (...) tanto tempo”¹⁸⁹.

Após a aprovação e homologação do plano de insolvência, um outro problema tem dificultado a recuperação da empresa, quando seja aprovado um plano de recuperação, e tem precisamente a ver com os inúmeros recursos interpostos pelos credores públicos (Estado e Segurança Social).

Estes credores têm recorrido constantemente da decisão homologatória de aprovação do plano de insolvência nos casos em que este implique o perdão ou redução do valor dos créditos sobre a insolvência, ou a modificação dos prazos de vencimento ou das taxas de juros, com o fundamento na violação de normas legais imperativas. Ora o CIRE atribui à assembleia de credores a competência exclusiva para deliberar sobre estas matérias (art. 196.º, n.º 1, alíneas *a*) e *c*)) não sendo aplicáveis nestas situações, e quando estejam em causa credores públicos, as normas constantes na LGT, no CPPT ou no Decreto – Lei n.º 411/91 de 17 de Outubro de 1991. Ora quando a assembleia delibera sobre aquelas matérias, normalmente os credores públicos interpõe recurso o que acaba por prolongar ainda mais a situação de incerteza quanto ao destino da empresa, retardando a sua recuperação. Neste sentido, a posição dos credores públicos nos processos de insolvência não pode deixar de ser criticável, é verdade que como credores têm todo o direito de reaver os seus créditos, porém ao interporem recursos muitas das vezes sobre a mesma matéria não deixa de ser um acto de má-fé e por outro lado contraria a ideia de Estado enquanto garante do desenvolvimento económico e do bem-estar social.

¹⁸⁹ V. FÁTIMA REIS SILVA, *Dificuldades da recuperação de empresa no Código da Insolvência e da Recuperação de empresa*, em AAVV, *Miscelâneas do IDET*, n.º 7, Almedina, Coimbra, 2011, p. 164.

Em todo o caso, a jurisprudência maioritária tem optado pela improcedência dos recursos interpostos tanto pelo Estado como pela Segurança Social, quando esteja em causa o afastamento das normas tributárias e do Decreto – Lei n.º 411/91 de 17 de Outubro de 1991 na regulação das dívidas sobre a insolvência¹⁹⁰. Como principais justificações por parte da jurisprudência: temos o facto de o Estado, no âmbito do processo de insolvência, encontrar-se em pé de igualdade com os outros credores, estando portanto desprovido do seu *ius imperii*¹⁹¹; as normas da LGT e do CPPT têm o seu campo de aplicação na relação tributária em sentido estrito, não sendo por isso aplicáveis no âmbito de um processo de insolvência¹⁹²; e por último, a derrogação operada pela lei da insolvência, estabelecendo um regime especial, é resultado da opção político-legislativa, “que, tendo em conta a relevância do tecido empresarial na estrutura económica da sociedade e, do mesmo passo, a necessidade de obviar, na medida do possível, ao prejuízo da insatisfação dos créditos concedidos à insolvente, cujo ressarcimento se frustra frequentemente nestas situações, gizou um esquema legal que contribuisse para atenuar a tensão dialéctica, reconhecidamente existente, entre estas duas realidades contrapostas”¹⁹³.

A par disto, dados estatísticos indicam que os processos de insolvência aumentaram exponencialmente desde 2005, em 2008 os processos de insolvência cresceram mais de 67% em Portugal¹⁹⁴, no primeiro trimestre de 2011 os processos de insolvência cresceram 9.7% em relação ao mesmo período do ano anterior¹⁹⁵, os processos de recuperação decresceram em 8.2% em relação ao ano anterior¹⁹⁶, a Associação Portuguesa dos Administradores Judiciais refere mesmo que menos de 1%

¹⁹⁰ Neste sentido, entre outros, Acs. do STJ, de 13 de Janeiro de 2009, Processo: 08A3763, de 04 de Junho de 2009, Processo: 464/07.1TBSJM-L.S1, de 02 de Março de 2010, Processo: 4554/08.5TBLRA-F.C1.S1; do TRG de 22 de Janeiro de 2009, Processo: 2780/08-2; do TRL de 17 de Julho de 2008, Processo: 5511/2008-2, de 30 de Outubro de 2008, Processo: 8662/2008-2, de 06 de Julho de 2009, Processo: 644/06.7TYLSB-H.L1-7, de 25 de Fevereiro de 2010, Processo: 1.192/2007.3TYLSB-I.L1-8; do TRP de 09 de Fevereiro de 2010, Processo: 1589/06.6TBMCN-F.P1, de 11 de Maio de 2010, Processo: 1589/06.6TBMCN-F.P1.

Em sentido contrário, Ac. do TRP de 30 de Junho de 2008, Processo: 0853595. Todos consultados em www.dgsi.pt.

¹⁹¹ Neste sentido, Ac. do TRG de 22 de Janeiro de 2009, Processo: 2780/08-2, in www.dgsi.pt.

¹⁹² Neste sentido, Ac. do STJ de 13 de Janeiro de 2009, Processo 08A3763 e de 2 de Março de 2010, Processo: 4554/08.5TBLRA-F.C1.S1, in www.dgsi.pt.

¹⁹³ V. Ac. do STJ de 4 de Junho de 2009, Processo: 464/07.1 TBSJM-L.S1, in www.dgsi.pt.

¹⁹⁴ Relatório da Comissão Europeia “Report of the Expert Group - A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start” em <http://ec.europa.eu/sme2chance>.

¹⁹⁵ Dados do COFACE, em Estudos de Insolvências de Empresas – Portugal 1º Trimestre, 2011/2010.

¹⁹⁶ *Idem*.

das empresas consegue um plano de recuperação¹⁹⁷. Ora é verdade que a mais recente crise económico-financeira terá contribuído para o aumento significativo dos processos de insolvência, porém é extremamente preocupante saber que das empresas em crise menos de 1% são recuperadas, o que não quer dizer que a percentagem de empresas recuperáveis seja a mesma, ou seja, é bem provável que mesmo havendo empresas passíveis de serem recuperadas, tal não terá sucedido, eventualmente, porque os credores assim não o quiseram. A crise não pode ser justificação para tudo.

9. O CIRE e a tendência das legislações europeias

Fazendo uma análise comparada entre o CIRE e as restantes legislações europeias, verificamos que a tendência da maior parte delas segue um sentido completamente contrário ao do CIRE. Seja por recomendações da Comissão Europeia, seja por opção legislativa própria, a verdade é que algumas legislações dos Estados – Membros, conscientes das consequências drásticas das insolvências, nomeadamente no emprego e na estabilidade socioeconómica¹⁹⁸, têm levado a cabo reformas legislativas no sentido de se prevenir a insolvência das empresas, procedendo a estas um apoio mais efectivo, incentivando e facilitando a recuperação de empresas viáveis.

A este propósito, em Espanha o *Real Decreto – ley 3/2009* de 27 de Março, veio a estabelecer algumas alterações a actual *Ley Concursal* Espanhola. As alterações do *Real Decreto* visaram sobretudo facilitar o financiamento e a recuperação das empresas

¹⁹⁷ Em Jornal de negócios de 20 de Maio de 2011.

¹⁹⁸ Refere a Comunicação da Comissão Europeia, de 5 de Outubro de 2007, (COM, 2007) intitulada «Superar o estigma do insucesso empresarial - por uma política de segunda oportunidade - Implementar a Parceria de Lisboa para o Crescimento e o Emprego» que “a insolvência tem um impacto negativo no emprego, nos consumidores e nos credores públicos e privados. Em 2006, cerca de 135 000 insolvências de empresas na UE-15 ameaçaram os empregos de 1,4 milhões de trabalhadores (1,5 milhões em 2005) e o número das insolvências pessoais atingiu mais de 237 000 só na Alemanha e no Reino Unido. No mesmo ano, o saldo vivo de dívidas a empregados representava, na Áustria, 243 milhões de euros. No que respeita a outras dívidas não liquidadas, 50% dos devedores eram, na Alemanha, empresas em actividade e trabalhadores por conta própria. Na França, onde os custos estimados anuais de processos de insolvência são de 13 700 milhões de euros, cerca de 55-60% das dívidas não liquidadas têm como credores autoridades fiscais e de segurança social e bancos, sendo esta percentagem de 70-80% no caso das empresas de serviços falidas. As dívidas não liquidadas atingiram na Alemanha 31,1 mil milhões de euros em 2006 (37,5 em 2005; 39,4 em 2004), na Itália 9,6 mil milhões em 2004, na Finlândia 1,37 mil milhões em 2003” (ponto 2.2.). Concluindo que os altos custos dos processos de insolvência seriam reduzidos se fosse prestada uma melhor assistência as empresas em risco, e se fosse facilitada a sua recuperação (loc., cit.).

em crise, incentivando o acordo entre as partes evitando-se assim a liquidação daquelas tanto quanto possível.

A lei espanhola prevê agora que o devedor, e sempre que a empresa se tornar tecnicamente insolvente, deve procurar antecipadamente chegar a um acordo com os credores no prazo máximo de dois meses, em todo o caso, as medidas previstas nos acordos entre credor e devedor deverão corresponder a um plano de viabilidade que permita a continuação da atividade do devedor a curto e médio prazo (*Real Decreto – Ley* artigo 8.º).

Em Itália o processo de falência sofreu igualmente por reformas significativas, assim, o Decreto Legislativo n.º 169, de 12 de Setembro de 2007, veio a alterar o antigo *Real Decreto* n.º 267 de 16 de Março de 1942 (já anteriormente alvo de outras alterações, nomeadamente através da Lei 80 de 14 de Maio de 2005 e o Decreto Legislativo, n.º 5 de 09 de Janeiro de 2006), estas alterações visaram essencialmente racionalizar o processo de insolvência e incentivar os acordos extrajudiciais. Aliás França¹⁹⁹ e Itália prevêem nos seus regimes falimentares a possibilidade dos acordos extrajudiciais serem homologados pelo juiz, que irá supervisionar o cumprimento dos mesmos. O Reino Unido, a Dinamarca e a Letónia introduziram igualmente reformas significativas nos seus regimes falimentares no sentido de agilizar os processos de insolvência, reduzir os seus custos e por outro lado permitir a adopção de mecanismos no sentido de apoiar as empresas em crise. A Dinamarca, por exemplo, introduziu em 2007 um sistema-piloto de alerta precoce que prevê o apoio a empresas viáveis mas em vias de insolvência, mediante a disponibilização de conhecimentos práticos e conselhos.

No âmbito Comunitário muitas têm sido igualmente as recomendações por parte da Comissão Europeia no sentido de os Estados Membros adoptarem reformas significativas nas suas legislações falimentares. Recomendações resultantes de um aumento brutal dos processos de insolvência na zona euro, que cresceram 5% em 2010 depois de um crescimento de 49% em 2009²⁰⁰.

A este propósito destacamos dois diplomas: a Comunicação da Comissão, de 5 de Outubro de 2007, ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social

¹⁹⁹ Sobre a reforma do regime falimentar francês, v. Parte I, ponto 3.2.

²⁰⁰ Euler Hermes, Communiqué de presse 4/06/2009 "Accélération historique du nombre des défaillances d'entreprises dans le monde en 2009: +35%".

Europeu e ao Comité das Regiões intitulada “Superar o estigma do insucesso empresarial - por uma política de segunda oportunidade - Implementar a Parceria de Lisboa para o Crescimento e o Emprego” (COM, 2007)²⁰¹ e o Relatório Final da Comissão Europeia, levado a cabo por um grupo de especialistas, intitulado “Uma segunda oportunidade para o empresários: Prevenção da Insolvência, simplificação dos processos de insolvência e apoio para um novo começo” do título original (A SECOND CHANCE FOR ENTREPRENEURS: PREVENTION OF BANKRUPTCY, SIMPLIFICATION OF BANKRUPTCY PROCEDURES AND SUPPORT FOR A FRESH START)²⁰². Ambos os diplomas recomendam aos Estados Membros que adoptem medidas, nomeadamente para: uma mudança de mentalidades no sentido de se extinguir o estigma sobre os empresários falidos, passando estes a serem vistos não como sujeitos inadimplentes mas como indivíduos que merecem uma segunda oportunidade (desde que a insolvência não seja culposa)²⁰³ – até porque eles aprendem com os erros e restabelecem-se com outra experiência e com maior confiança²⁰⁴ –, possibilitando assim que aqueles se apresentem atempadamente à falência; dar preferência pelos acordos extrajudiciais; maior celeridade dos processos de insolvência e redução dos seus custos; a adopção de mecanismos de prevenção da falência, através do apoio técnico e financeiro as empresas em crise – o relatório da comissão refere mesmo que os países com um sistema de prevenção eficiente normalmente têm um regime de insolvências mais eficaz; preferência pela recuperação, quando possível, em detrimento da liquidação – o relatório da comissão refere, a este propósito, que a recuperação da empresa viável deve ser o objectivo principal dos processos de insolvência²⁰⁵.

Aliás o factor tempo é visto como um elemento crucial para o sucesso dos processos de insolvência, a este propósito refere o Banco Mundial que existe uma grande ligação entre a duração dos processos de insolvência e a perda de valor das empresas viáveis²⁰⁶. Por outras palavras, quanto mais tempo durar o processo de insolvência menor será o valor económico da empresa viável e logo menores serão as

²⁰¹ Consultado em <http://eur-lex.europa.eu/>.

²⁰² Consultado em <http://ec.europa.eu/sme2chance>.

²⁰³ Como resultado da Comunicação da Comissão (COM, 2007), foi estabelecido em 2008 o “A Small Business Act for Europe” (SBA) que se baseou na adopção de 10 princípios fundamentais, entre os quais: “Ensure that honest entrepreneurs who have faced bankruptcy quickly get a second chance” (Princípio segundo).

²⁰⁴ De acordo com o Relatório da Comissão: “research shows that businesses set up by re-starters grow faster than businesses set up by first timers in terms of turnover and jobs created” (cit., p. 3).

²⁰⁵ Cit., p. 7.

²⁰⁶ V. www.doingbusiness.org.

probabilidades de recuperação. Por outro lado, um estudo da *Business Dynamics* refere que o nível de eficiência da Lei Concursal está positivamente correlacionado com a taxa de desemprego²⁰⁷, quer isto dizer que quanto mais eficiente for a lei insolvência menor será a taxa de desemprego. O Relatório da Comissão refere ainda que os processos de insolvência, no sentido de serem mais eficazes, devem ser adjudicados a juízes especializados, devendo ser disponibilizada formação especializada a aqueles e aos oficiais de justiça a quem sejam adjudicados processos de insolvência²⁰⁸.

Em Portugal prevê-se igualmente algumas alterações significativas a actual legislação falimentar, por imposição da Troika. Assim, no Memorando de entendimento com a Troika (FMI-BCE-CE) são previstas algumas alterações à Lei actual – com o apoio técnico do FMI –, no sentido de facilitar a recuperação de empresas viáveis, sendo este considerado pela Troika um dos pontos fulcrais para o sucesso do plano de ajustamento económico. Neste sentido: deverão ser introduzidos mecanismos que promovam uma aprovação mais célere por parte dos tribunais de planos de recuperação (ponto 2.17. do Memorando); deverão ser adoptados mecanismos que promovam os acordos extra-judiciais, devendo o Governo publicitar “princípios gerais de reestruturações voluntárias feitas fora dos tribunais em linha com as melhores práticas internacionais” (ponto 2.18. do Memorando); uma recomendação ao Estado, que deve deixar de ser um dos obstáculos para a reestruturação de dívidas, devendo tanto o Fisco como a Segurança Social fazer uso de um leque mais alargado de ferramentas de reestruturação, “baseadas em critérios claramente definidos nos casos em que outros credores também concordem em reestruturar os respectivos créditos”, em complemento deve a lei fiscal “ser revista para retirar impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas” (ponto 2.19. do Memorando). Estas e outras medidas propostas pela Troika vão de acordo com as recomendações Comunitárias que, se anteriormente não haviam sido adoptadas pelo Estado Português, agora o mesmo está obrigado a fazê-lo. Medidas estas que aplaudimos e esperamos que sejam implementadas no actual CIRE.

Embora não sendo referido expressamente, pensamos que o critério da viabilidade económica deverá ser tido em conta quando se decidir pela liquidação ou pela recuperação da empresa, aliás se assim não for, as medidas não serão eficazes. De que forma é que este critério de viabilidade económica deverá ser aferido? Pensamos que

²⁰⁷ Citado pelo Relatório da Comissão, cit., p. 9.

²⁰⁸ Cit., p. 12.

através da criação, por exemplo, de um órgão especializado na matéria e que a pedido do tribunal ira fazer uma análise da saúde financeira da empresa – e emitir um relatório vinculativo sobre a viabilidade económica daquela –, retirando-se assim esta faculdade ao administrador da insolvência, que muitas das vezes revela-se incapaz para analisar convenientemente a situação económica da empresa e por outro lado porque o seu relatório, ainda que estimule a recuperação, não é vinculativo para os credores.

10. Sobre a possível (in)constitucionalidade do artigo 198.º, n.º 2 do CIRE

Vamos agora abordar a problemática que já *supra* fizemos referência e que diz respeito a aplicabilidade do n.º 2 do artigo 198.º, e se este artigo, tal como está, é ou não conforme a Constituição. Como já anteriormente referimos, as medidas previstas por esta norma são excessivamente onerosas para os seus destinatários – os sócios da sociedade insolvente – que poderão ser excluídos da sociedade mesmo sem terem qualquer culpa pela situação de insolvência. Ora será esta norma inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade?

Utilizando as palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o princípio da proporcionalidade pode ser desdobrado em 3 sub-princípios²⁰⁹:

I – Princípio da adequação, segundo o qual as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei – salvaguardando-se assim outros direitos constitucionalmente protegidos, por outras palavras, será preciso que as outras medidas, menos onerosas, se revelem inadequadas;

II – Princípio da exigibilidade, ou da necessidade, nos termos do qual as medidas restritivas previstas na lei deverão ser necessárias no sentido em que os fins visados pela lei não possam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos liberdades e garantias, quer isto dizer que tais medidas restritivas deverão ser utilizadas apenas como *ultima ratio*;

²⁰⁹ GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, anotação ao art. 18º, pp. 392-393.

III – Princípio da proporcionalidade em sentido estrito, em que de acordo com o mesmo, os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida”, obstando-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas e excessivas em relação aos fins obtidos.

Para aferirmos se aquela norma é inconstitucional deveremos antes de mais averiguar se o direito à participação social é um direito fundamental e logo constitucionalmente tutelado e se, em caso afirmativo, aquela norma viola algum ou alguns daqueles sub-princípios. Mas comecemos por partes:

I – A participação social – definida como “o conjunto unitário de direitos e obrigações actuais e potenciais do sócio (enquanto tal)”²¹⁰ – é um direito inerente à qualidade de sócio²¹¹, por força da mesma, o sócio adquire o direito a quinhão nos lucros, a participar nas deliberações sociais, a obter informações sobre a vida da sociedade e a ser designado para os órgãos de administração e de fiscalização da sociedade (v. art. 21.º do CSC)²¹². Ora nestes termos, o sócio só poderá perder a sua participação social ou em casos de exoneração²¹³ ou em casos de exclusão²¹⁴, sendo que a exclusão de sócio distingue-se da sua exoneração na medida em que aquela processa-se contra a vontade do sócio ao contrário desta²¹⁵. Ora o direito de excluir ou promover a exclusão de sócio é atribuído pela lei ou pelo estatuto à sociedade²¹⁶, porém como já anteriormente podemos analisar, o CIRE atribui este poder aos credores no âmbito do plano de insolvência.

²¹⁰ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 207.

²¹¹ Como refere Coutinho de Abreu, “o titular de uma participação social respeitante a determinada sociedade é sócio dessa (...) sociedade” (v. *Curso...*, vol. II, cit., p. 207).

²¹² Em todo o caso, não se deve confundir participação social com o património da sociedade, o sócio detém a sua participação social, o que não quer dizer que passe a ter direito sobre o património social já que este pertence à sociedade (v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais*, em AAVV, “Estudos de Direito das Sociedades”, 9ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 102). Utilizando as palavras de Soveral Martins, “se as sociedades comerciais têm personalidade jurídica, são também elas titulares do património social. Aquilo que integra esse património pertence à sociedade e não aos sócios. Esse património é formado por bens que, nos termos do art. 601.º do CCiv., respondem pelas dívidas da sociedade. Os sócios apenas têm direito perante a sociedade e não sobre os bens que integram o património social” (ob. e loc. cit.).

²¹³ A exoneração “é a saída ou desvinculação deste, por sua iniciativa e com fundamento na lei ou no estatuto, da sociedade” (v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 416).

²¹⁴ A exclusão de sócios pode ser definida como “a saída de sócio de uma sociedade, em regra por iniciativa desta e por ela e/ou pelo tribunal decidida, com fundamento na lei ou cláusula estatutária” (v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 427).

²¹⁵ V. a este propósito, entre outros, arts. 3.º, n.º 5, segunda parte; 185.º, 240.º todos do CSC (para a exoneração de sócios) e arts. 186.º, 241.º, 242.º e 474.º, todos do CSC (para os casos de exclusão de sócios).

²¹⁶ V. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 427.

Por outro lado, embora tenha o poder de excluir o sócio, a sociedade não deverá fazê-lo arbitrariamente, devendo regra geral, ter como fundamento, “o comportamento ou a situação pessoal de sócio que impossibilite ou dificulte a prossecução do fim social”²¹⁷, ou seja, é um fundamento inerente a ideia de interesse social e ao princípio da conservação da empresa. *Hoc sensu*, a sociedade só poderá excluir o sócio apenas quando este adopte comportamentos que ponham em causa a subsistência da sociedade, pelo contrário, os credores sociais por intermédio do plano de insolvência poderão excluir os sócios sem qualquer razão justificativa, independentemente de os mesmos terem ou não culpa na situação de insolvência.

II – *Hoc sensu* será a participação social e, conseqüentemente, a qualidade de sócio direitos fundamentais?

Acabamos de ver *supra* que a lei tutela a participação social admitindo a sua perda por parte do sócio apenas em duas situações – exoneração ou exclusão – e no caso de exclusão apenas mediante a verificação de determinados pressupostos, nomeadamente o interesse social. Ora de acordo com o artigo 280.º do CC, o contrato de sociedade “é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade”²¹⁸, quer isto dizer que o objecto da sociedade é o exercício de certa actividade económica. *A latere*, a livre iniciativa económica privada é tutelada pela CRP, nos termos do artigo 61.º, n.º 1, e encontra-se inserido no capítulo dos direitos liberdades e garantias. Os sócios aquando da celebração do contrato de sociedade estarão a exercer o seu direito de iniciativa económica privada. Assim, a qualidade de sócio é um direito fundamental por força do artigo 61.º, n.º 1 da CRP.

III – Em obediência ao princípio da proporcionalidade *lato sensu*, as medidas restritivas de direitos devem ser adequadas, necessárias e proporcionais aos fins obtidos. Ora a medida restritiva (exclusão de sócios por parte dos credores sociais), não se revela como meio mais adequado para a prossecução do fim visado pela norma. A finalidade da lei é a satisfação dos credores, no sentido em que estes sejam ressarcidos dos seus

²¹⁷ V. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 428.

²¹⁸ Embora não seja uma noção muito rigorosa na medida em que põe de parte as sociedades unipessoais, e por outro lado, a actividade económica, em bom rigor, não é exercida “em comum” pelos sócios, mas sim pela própria sociedade, que não se deve confundir com os sócios (v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 13).

créditos, e sinceramente não vemos em que medida é que decidir-se pela exclusão dos sócios possa ser o meio mais adequado para se atingir aquele fim, o interesse dos credores é (ou deve ser) sobre a empresa e não sobre a sociedade, sendo assim e a decidir-se pela exclusão de alguém, esse seria o administrador, o gestor ou o director da empresa, e não os sócios.

Por outro lado, tais medidas não são igualmente as necessárias à prossecução do fim visado pela lei, na verdade a satisfação dos interesses dos credores poderá ser conseguida com o recurso a outros meios menos onerosos previstos pela lei, nomeadamente condicionar a aprovação do plano de insolvência à adopção e execução por parte dos órgãos sociais competentes de determinadas medidas (art. 198.º n.º 1, do CIRE).

Finalmente aquelas medidas são desproporcionadas e excessivas na medida em que permitem a exclusão arbitrária dos sócios, sem qualquer razão justificativa e sem que os mesmos tenham qualquer culpa na situação de insolvência.

Hoc sensu, entendemos que o n.º 2 do artigo 198.º é inconstitucional na parte em que admite a exclusão dos sócios de sociedades em nome colectivo ou em comandita simples e dos sócios comanditados, nomeadamente as alíneas *f)* e *g)*, mas igualmente na parte em que admite a redução do capital social a zero, seguido de um aumento de capital sem respeito pelo direito de preferência dos sócios, até porque o resultado prático será o mesmo, os sócios perderão as suas participações sociais e logo serão obrigados a sair da sociedade.

Em todo o caso, poderia levantar-se a seguinte questão: a exclusão do direito de preferência dos sócios poderá ter como fundamento o interesse social, aplicando-se por analogia o disposto no artigo 460.º, n.º 2 do CSC?

Ora ao admitir-se esta hipótese, a constitucionalidade da referida norma já não poderá ser posta em causa, pelo menos naquela parte.

Para melhor resolvermos a questão devemos antes de mais analisar o que se entende por interesse social.

Tradicionalmente defendiam-se duas concepções de interesse social: as chamadas teorias contratualistas e as teorias institucionalistas. Para as primeiras, o interesse social

ou da sociedade é o *interesse comum dos sócios enquanto tais*, já para as segundas, o interesse social abrangia não só o interesse comum dos sócios, como igualmente o interesse de outros indivíduos, nomeadamente os trabalhadores, os credores sociais e colectividade em geral. Com o passar dos anos várias outras concepções surgiram no sentido de melhor caracterizarem o interesse da sociedade²¹⁹, embora as teorias contratuálistas e institucionalistas sirvam de base e sejam fundamentais “para compreender, sistematizar e distinguir as diversas concepções globais (...) sobre o interesse social”²²⁰.

Em Portugal vigorou durante largos anos a concepção contratuálista de interesse social, e o CSC abrange vários preceitos que fundamentam esta tese (nomeadamente os artigos 251.º, 328.º, n.º 2, alíneas c), 329.º, n.ºs 1 e 2 e 460.º n.º 2), sendo a mesma concepção válida nas relações dos sócios com a sociedade²²¹, em todo o caso, as manifestações do institucionalismo também encontram-se presentes no CSC, nomeadamente nos termos do artigo 64.º, n.º 1, b)²²², embora limitado aos actos dos administradores, estando aqui em causa agora os interesses dos demais sujeitos e já não dos sócios.

Ora neste conflito de interesses qual deles deverá prevalecer? Entendemos que o interesse dos sócios deve sobrepor-se aos dos outros sujeitos, é verdade que os interesses dos outros sujeitos relacionados com a sociedade deve ser levado em conta, contudo os mesmos deverão ser sacrificados quando os interesses dos sócios sejam postos em causa. Como diz Coutinho de Abreu, a sociedade é “fundamentalmente, organização-instrumento dos sócios”²²³, daí que o interesse social deverá ser, primordialmente, o interesse comum dos sócios, enquanto tais, por outras palavras, o interesse social será a relação entre a necessidade de todo o sócio enquanto tal na prossecução de lucros e o meio julgado apto para satisfazê-la²²⁴.

²¹⁹ Fala-se a este propósito das concepções económicas e jurídicas dos interesses a serem prosseguidos pelas empresas, entre outras: as teorias monístas – definiam o interesse social como o interesse dos sócios, dualistas – estas já incluíam igualmente o interesse dos trabalhadores, de acordo com os procedimentos de co-gestão, e pluralistas – que abrangiam o interesse público, fala-se igualmente dos sistemas finalísticos da *maximização dos lucros*, da *adequada consideração dos interesses* e da *consideração igualitária dos interesses*, (v. a este propósito e com maiores desenvolvimentos, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 288 e ss., *maxime* pp. 289 e 290).

²²⁰ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 289.

²²¹ V. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., pp. 291 e 292.

²²² Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 293.

²²³ Ob. cit. p. 300.

²²⁴ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, cit., vol. II, p. 296, *Da empresarialidade*, cit., p. 226.

Posto isto, e regressando à questão anteriormente proposta, poderá a exclusão do direito de preferência dos sócios, por força do plano de insolvência, ter como fundamento o interesse social?

Veritas, e depois do que tudo aqui foi dito, não teremos dúvidas em dizer que tal só será possível se forem acautelados os interesses dos sócios. Ora não parece que a exclusão do direito de preferência sobre o aumento de capital, quando não seja levado a cabo pelos próprios sócios, esteja de acordo com os seus interesses.

Assim, a exclusão do direito de preferência dos sócios, no que respeita ao aumento de capital, só será válida se esta for levada a cabo pelos sócios e já não por terceiros.

A melhor solução para o caso, pensamos nós, será condicionar a execução do plano de insolvência à deliberação por parte dos órgãos sociais competentes de um aumento de capital prevendo a exclusão do direito de preferência de determinado ou determinados sócios (nomeadamente para permitir que algum investidor importante participe na sociedade, evitando assim a sua situação de insolvência – esta medida já seria de acordo com o interesse social).

Sendo assim, o n.º 2, do artigo 198.º, é inconstitucional na parte e pelos motivos acima referidos, e por outro lado, porque lhe é inaplicável, analogicamente, o artigo 460.º, n.º 2, do CSC.

11. Os credores podem, no âmbito do conteúdo do plano de insolvência, tomar as decisões que bem entenderem?

11.1. Os limites do (abuso do) direito

Como acabamos de verificar, tendo em conta o carácter atípico do conteúdo do plano de insolvência, os credores podem no âmbito do mesmo tomar as decisões que melhor lhes aprouver. As próprias modalidades de planos são meramente exemplificativas e por outro lado, o juiz limita-se a controlar a legalidade do plano de

insolvência e já não o seu conteúdo. Assim os credores podem livremente decidir-se pelos destinos da empresa.

Sendo assim, será que a liberdade dos credores sobre o conteúdo do plano não tem limites? Será que a sua autonomia é de tal maneira ampla que eles podem tomar as decisões que melhor entenderem?

É verdade que o plano de insolvência deve obedecer ao princípio da igualdade dos credores da insolvência (art. 194.º, do CIRE), mas tal medida visa apenas acautelar os interesses dos credores (minoritários). Nesse caso como poderá o devedor defender-se de um plano de insolvência abusivo?

A autonomia privada, enquanto faculdade atribuída aos sujeitos para melhor regularem a sua esfera de interesses tem de se sujeitar às regras e aos princípios gerais do direito. O exercício de qualquer poder atribuído pela ordem jurídica a determinado sujeito ou sujeitos deve ser de acordo com o fim visado, utilizando as palavras de HEINRICH E. HÖRSTER, “(...) os direitos subjectivos e o seu exercício não são garantidos sem limites. Pelo contrário, eles devem manter-se dentro da sua função útil, prevista pelo direito”²²⁵. *Veritas*, os poderes dos credores no plano de insolvência deverão ser limitados ou mesmo excluídos se forem usados de forma abusiva, isto é, se o uso dos mesmos for contrário “a sua função útil”, resultando assim numa situação de abuso de direito (art. 334.º do CC), desde que verificados os seus requisitos.

Hoc sensu, será preciso que os credores, no uso dos seus poderes, excedam manifestamente²²⁶ os limites impostos pela boa fé (em sentido objectivo)²²⁷⁻²²⁸ ou pelos bons costumes (não incluímos o fim social ou económico do direito por não ser uma questão que seja posta em causa para estes efeitos).

²²⁵ Ob. cit., p. 278.

²²⁶ Só existe abuso de direito quando se verifique “uma ofensa clamorosa do sentimento jurídico dominante” – v. Ac. do STJ de 28 de Novembro de 1990, Processo: 002369, in www.dgsi.pt – até porque aquele instituto, enquanto “válvula de escape” do sistema, só deverá “funcionar em situações de emergência, para evitar violações chocantes do direito” (v. Ac. do TRP de 25 de Outubro de 2007, Processo: 0735257, in www.dgsi.pt).

²²⁷ Ela “vale aqui como um princípio normativo, pelo qual todos devem actuar como pessoas de bem, num quadro de honestidade, correcção, probidade e lealdade, de forma a não defraudar as legítimas expectativas e a confiança gerada nos outros” (CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, citado pelo Ac. do TRP de 20 de Março de 2007, Processo: 0720378, consultado em www.dgsi.pt).

²²⁸ “Em sentido objectivo (...) a boa fé constitui uma *regra jurídica*, é um princípio *normativo* transpositivo e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de cláusulas gerais” (v. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra 2005, p. 125.)

Quer isto dizer que nada obsta que a deliberação de aprovação de um plano de insolvência seja declarada inválida se, por exemplo, o mesmo aprovar a liquidação de determinada empresa, não para a satisfação imediata dos credores, mas com o único intuito de querer prejudicar o empresário insolvente – seja por vingança, ou por desavenças. Assim, o plano de insolvência não deverá ser utilizado para satisfazer os interesses pessoais dos credores, mas sim para a satisfação dos seus direitos de crédito, caso contrário, estaremos perante um uso abusivo dos seus poderes.

Em todo o caso, e por tratar-se de um “instituto multifacetado”²²⁹ e “internamente complexo”²³⁰, admitimos que a cláusula geral do abuso de direito não será de aplicação fácil devendo a situação ser analisada casuisticamente por parte do julgador, e por outro lado caberá ao interessado o ónus de provar a existência de tais factos (art.º 342.º do CC).

11.2. O possível recurso à analogia

Ora tendo em conta que o instituto do abuso de direito é de difícil execução, nada obsta, pensamos nós, que o devedor, para fazer valer os seus direitos, recorra, por analogia (*legis*) ou *extensão teleológica*²³¹⁻²³², ao regime especial das invalidades das

²²⁹ MENEZES CORDEIRO, *Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas*, in www.oa.pt/, ponto 3. II.

²³⁰ *Idem, ibidem.*

²³¹ A este propósito escreve Baptista Machado que “o caso omissis não é efectivamente abrangido por uma certa norma, ainda que procedamos a uma interpretação extensiva desta; mas já poderá eventualmente ser resolvido por aplicação doutra norma do sistema, reportada a um contexto pragmático e a um instituto jurídico diferente, se procedermos a uma *extensão teleológica* (...) desta outra norma (*analogia legis*)”. Muitas das vezes pode acontecer “que as denotações descritivas da hipótese de uma norma apontam para um complexo globalmente estruturado que deve ser olhado como uma «figura» unitária, por isso mesmo que tal complexo não é redutível à soma dos elementos descritivos que o compõem. Temos então um «tipo» – um tipo de *estrutura relacional* capaz de ser reencontrado em complexos pragmáticos da vida ou em quadrantes jurídicos diferentes daquele que o legislador teve em vista ao formular a norma. Ora é justamente essa «figura», esse tipo, que, por isso que «transcende» os elementos descritivos da hipótese legal e por isso que lhe é inerente a virtualidade de ser transposto para contextos diferentes, nos pode sugerir a aplicação da norma que para ele aponta a situações para as quais a mesma norma não foi pensada, mas em que se desenha ou recorta a mesma *estrutura relacional* e idêntico conflito de interesses” (BAPTISTA MACHADO, ob. cit., p. 331).

²³² Sobre a distinção entre extensão teleológica da norma ou analogia *legis* e interpretação extensiva, v. BAPTISTA MACHADO, ob. cit., pp. 327-328 e 331-332. Contra a distinção entre analogia e interpretação (extensiva), considerando a mesma *metodologicamente impossível* (v. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 265 e ss). Defende este autor que não pode haver distinção entre analogia e interpretação na medida em são dois momentos que fazem parte, “estruturalmente e funcionalmente, de um processo fundamentalmente unitário”, por outro lado, a argumentação jurídico-normativa por analogia é: “epistemologicamente também interpretação; cumpre normativo-teleologicamente a função prática da norma; participa da interpretação como meio e é-lhe imputável como resultado; e, decisivamente, que, o juízo analógico é a própria essência intencional e metodológica da interpretação jurídica” – ob. cit., p. 268. Conclui o autor que a analogia é

deliberações sociais consagrado pelo CSC. Como bem refere Baptista Machado “a aplicação analógica das normas jurídicas é de regra, não porque o art. 10.º do Código Civil o diga, mas porque tal corresponde a uma exigência do princípio supremo de justiça, ou princípio da igualdade, que manda dar um tratamento igual ao que é igual e desigual ao que é desigual. Sem este princípio o próprio direito não pode ser pensado. Por isso é que o «argumento de analogia» representa por assim dizer a espinha dorsal do discorrer jurídico”²³³. Ora tendo em conta que para a aprovação do plano de insolvência é necessário haver uma deliberação por parte da assembleia de credores, pensamos poder aplicar-se *in casu* o regime geral das invalidades das deliberações, é que embora aquele regime não tenha sido pensado para tais situações, ele “recorta a mesma *estrutura relacional* e idêntico conflito de interesses”²³⁴, e como bem refere Castanheira Neves, “a norma jurídica abrange todos os casos que interpretativamente por ela possam ser regulados, ou cuja decisão concreta possa encontrar nessa norma o seu fundamento e o seu critério normativo-jurídicos”²³⁵. Ora o propósito de aplicação do regime das deliberações abusivas do CSC às deliberações dos credores no plano de insolvência, é precisamente obstar que aquelas possam por em causa o interesse social, ou o interesse na conservação da empresa.

É verdade que o devedor não tem direito de voto no âmbito da aprovação do plano de insolvência, contudo ele é parte interessada, e a aprovação daquele poderá produzir efeitos na sua esfera jurídica. Por outro lado, o regime de não homologação do plano de insolvência por parte do juiz não protege adequadamente os interesses do devedor, nomeadamente não prevê as situações em que a deliberação de aprovação do plano seja levada a cabo de forma abusiva, tal como acontece por exemplo com a lei alemã. Não tem uma cláusula geral que possa abranger situações não previstas pela norma.

Neste sentido, por imperativos de justiça material e para uma *concreta realização do direito*, pensamos que o devedor (sociedade comercial) poderá solicitar a não

“metodologicamente” elemento da interpretação, na medida em que é “pelo confronto prático-normativo dos casos (...) que continuamente se pode, não só atingir a valoração fundamentante da norma, como compreender o exacto alcance da sua intencionalidade normativa”, por outro lado, a interpretação é resultado da analogia, no sentido em que “esta se realiza no pressuposto de uma até então conseguida interpretação”, sendo que será “a nova projecção analógica da norma, possibilitada por essa anterior interpretação, que (...) acaba por lhe imputar todo o seu interpretativo desenvolvimento normativo – ob. cit., p. 269. Assim, “enquanto momento metodológico da concretização do direito, a interpretação jurídica «tem sempre um carácter análogo»” – ob. cit., p. 270.

²³³BAPTISTA MACHADO, ob. cit., p. 326.

²³⁴BAPTISTA MACHADO, ob. cit., p. 331.

²³⁵ Ob. cit., p. 267.

homologação do plano de insolvência ao juiz, recorrendo ao regime geral das invalidades das deliberações, nomeadamente nos casos em que a aprovação do plano seja abusiva e lese de modo significativo os seus interesses.

As deliberações sociais abusivas, de acordo com o art. 58.º, n.º 1, alínea b) do CSC, podem ser de duas espécies:

I – As deliberações *apropriadas para satisfazer o propósito de alcançar vantagens especiais em prejuízo da sociedade ou de sócios*;

II – As deliberações *apropriadas para satisfazer o propósito de prejudicar a sociedade ou sócios* – são as chamadas deliberações *emulativas*.

Embora ambas tenham características comuns, nomeadamente a existência de um ou mais votos (pressupostos subjectivos) e o facto de a deliberação dever ser “objectivamente (...) apta para satisfazer o propósito”²³⁶, a verdade é que elas distinguem-se quanto as suas finalidades: nas primeiras o objectivo principal é o de *alcançar vantagens especiais*; nas deliberações emulativas, pelo contrário, o objectivo é o de *causar prejuízos*²³⁷. Sendo assim não será difícil elucidar que as possíveis deliberações abusivas a serem invocadas pelo devedor serão, em princípio, as emulativas.

12. A nova redação do artigo 1.º do CIRE e o novo processo especial de revitalização. Mudança de paradigma ou mais do mesmo?

Já numa fase adiantada do presente estudo, fomos surpreendidos com uma alteração legislativa sobre o CIRE. Motivado pelas recomendações da Troika, especialmente as previstas no ponto 2.18 do Memorando de entendimento, que

²³⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 510.

²³⁷ «É certo que aquelas não dispensam o prejuízo (“em prejuízo da sociedade ou de outros sócios”). Trata-se, porém, de *dano resultante da consecução de vantagens especiais*; entre aquele e esta existe imediata ou mediata conexão causal. Já o prejuízo visado nas deliberações emulativas é *indiferente às eventuais não vantagens, vantagens ou desvantagens* dos votantes com propósito emulativo ou de terceiros. Quer tudo isto dizer que o “propósito” exigido nas deliberações da primeira espécie *limita-se à consecução de vantagens especiais* – não sendo necessário que abarque o prejuízo; e o “propósito” exigido nas deliberações emulativas *limita-se à inflicção de prejuízo*» (v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II, cit., p. 510).

recomendava a adoção de “princípios gerais de reestruturações voluntárias feitas fora dos tribunais em linha com as melhores práticas internacionais”²³⁸, o Governo aprovou a resolução 43/2011, de 25 de Outubro, que definiu os princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores.

Em consequência disto, e através da Lei 16/2012, de 20 de Abril, foi feita uma nova alteração ao CIRE, desde logo, como alterações mais significativas, temos: o n.º 1 do artigo 1.º do CIRE, que passou a dispor que a finalidade principal do processo de insolvência passa a ser “a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”; o plano de insolvência que se destine a prover à recuperação do devedor passa a designar-se plano de recuperação (art.º 192.º, n.º 3 do CIRE); e foi instituído um novo processo, designado processo especial de revitalização.

Será isto uma mudança de paradigma? Será que o CIRE, em consequência da crise, passa a ter um regime assente na recuperação da empresa?

Para respondermos a estas perguntas iremos antes de mais analisar em breves trechos o novo processo especial de revitalização.

O processo especial de revitalização encontra-se previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I do CIRE. Este processo tem como finalidade permitir ao devedor que se encontre em situação económica difícil (art.º 17.º-B) ou em situação de insolvência iminente (art.º 3.º, n.º 4), desde que seja ainda suscetível de recuperação²³⁹, estabelecer negociações com os respetivos credores de forma a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização (art.º 17.º-A, n.º 1 e art.º 1.º, n.º 2), o processo de revitalização tem carácter urgente (art.º 17.º-A, n.º 3). Tendo em conta o disposto na lei, parece que o devedor não poderá beneficiar deste processo quando já se encontrar em situação de insolvência efetiva nos termos do artigo 3.º, n.º 1²⁴⁰.

²³⁸ Sobre esta e outras recomendações feitas pela Troika, v. *supra* p. 71.

²³⁹ Bastando para tal, que o devedor declare, por escrito, que preenche as condições necessárias para o efeito (art.º 17.º-A, n.º 2 do CIRE). A lei não prevê qualquer tipo de sanção processual se a declaração estiver incorreta.

²⁴⁰ Defende MENEZES LEITÃO, que tal situação obsta que o devedor utilize o processo de revitalização para ilidir o dever de apresentação à insolvência nos termos do artigo 18.º do CIRE

Para que se de início ao processo de revitalização, o devedor terá que chegar a acordo com, pelo menos, um dos seus credores, devendo ambos declarar, por escrito, a sua intenção de encetar negociações com vista a aprovação de um plano de recuperação (art.º 17.º-C, n.º 1), devendo a declaração ser assinada por todos os declarantes (art.º 17.º-C, n.º 2). O devedor deverá posteriormente comunicar ao tribunal competente a sua intenção de dar início ao processo, juntando aos mesmo tempo cópia dos documentos elencados no n.º 1.º do artigo 24.º (art.º 17.º-C, n.º 3). Após a comunicação do devedor, o juiz nomeia de imediato por despacho o administrador judicial provisório (art.º 17.º-C, n.º 3, alínea *a*))²⁴¹, sendo o despacho notificado ao devedor e publicado nos termos dos artigos 37.º e 38.º (art.º 17.º, n.º 4).

Após ter recebido a notificação, o devedor comunica por carta registada aos credores que não tenham subscrito a declaração que deu início ao processo de revitalização, convidando-os a participar (art.º 17.º-D, n.º 1), tendo estes 20 dias para reclamar os seus créditos, nos termos do artigo 17.º-D, n.º 2.

Tendo-se iniciado as negociações, os declarantes dispõem de um prazo de dois meses para concluir as mesmas, podendo o mesmo ser prorrogado uma única vez, por um mês, mediante acordo escrito entre o administrador judicial provisório e o devedor e publicado no portal Citius (art.º 17.º-D, n.º 5). Os credores que entretanto queiram

(MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 4ª Edição, Almedina, 2012, p. 309). Em todo o caso, refere o artigo 17.º-G que no caso de conclusão do processo negocial sem a aprovação do plano de recuperação, o administrador judicial provisório deverá comunicar tal facto ao processo (n.º 1) e caso o devedor já se encontre em situação de insolvência, a mesma deverá ser declarada no prazo de três dias úteis, contados à partir da comunicação do administrador judicial. Ou seja, se o devedor encontrar-se em situação de insolvência iminente, ou em situação económica difícil, e requerer a sua recuperação, e não havendo acordo para a aprovação do plano de recuperação, caso aquele já se encontre em situação de insolvência efetiva, não é obrigado a apresentar-se à insolvência na medida em que a mesma é decretada pelo juiz após o encerramento do processo de negociação. Nada obsta, pensamos nós, que após a comunicação do administrador provisório sobre a falta de acordo na negociação, o juiz averigue se o devedor encontra-se ou não em situação de insolvência efetiva.

²⁴¹ A nomeação do administrador judicial provisório pode acarretar determinados efeitos, nomeadamente sobre o devedor e sobre os outros processos:

I – No que respeita ao devedor, este fica inibido de praticar atos de especial relevo tal como definidos pelo artigo 161.º, salvo se tiver autorização do administrador judicial provisório (art.º 17.º-E, n.º 2), devendo o pedido de autorização e a respetiva resposta ser por escrito (art.º 17.º-E). A falta de resposta ao pedido formulado pelo devedor, implica a recusa da autorização para a realização do negócio pretendido; II – Por outro lado, com a nomeação do administrador judicial provisório, fica impedida a instauração de quaisquer acções para a cobrança de dívidas contra o devedor, ficando igualmente suspensas, durante o decurso das negociações, quanto ao devedor as acções em curso com idêntica finalidade, extinguindo-se as mesmas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo se este preveja a sua continuação (art.º 17.º-E, n.º 1). Ficam igualmente suspensos, na data de publicação no Citius do despacho de nomeação do administrador provisório, os processos de insolvência em que anteriormente haja sido requerida a insolvência do devedor, desde que não tenha sido proferida sentença declaratória da insolvência, extinguindo-se logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação (art.º 17.º-E, n.º 6).

participar nas negociações, podem fazê-lo, a todo o tempo, declarando por carta registada tal intenção ao devedor (art.º 17.º-D, n.º 7). É o administrador judicial provisório que dirige e fiscaliza as negociações (art.º 17.º-D, n.º 9), e fixa as regras na falta de acordo (art.º 17.º-D, n.º 8).

O processo de revitalização pode ser concluído, mediante a aprovação de um plano de recuperação ou quando o mesmo não é aprovado:

I – O processo de revitalização pode concluir-se com a aprovação do plano de recuperação conducente à revitalização do devedor. Os credores votam o plano por escrito no prazo de dez dias, devendo considerar-se aprovado o plano de recuperação que reúna a maioria de votos prevista no artigo 212.º, sendo que o quórum deliberativo deverá ser calculado com base na lista de créditos prevista pelo artigo 17.º-D, n.ºs 3 e 4.

Havendo aprovação unânime do plano de recuperação em que intervenham todos os credores, aquele deve ser assinado por todos, e depois remetido ao juiz para ser homologado. Após ter sido homologado, o acordo produz efeitos imediatos (art.º 17.º-F, n.º 1).

Veja-se que os credores podem livremente aprovar ou rejeitar o plano de recuperação sem ter em conta qualquer critério, ou seja, continuam a ser eles a decidir os destinos do devedor, ou da empresa devedora.

Na falta de acordo de todos os credores, embora o mesmo tenha sido aprovado, o devedor deve remeter o plano de recuperação para o tribunal (art.º 17.º-F, n.º 2), devendo o juiz decidir se homologa ou recusa a sua homologação, tanto oficiosamente (art.º 215.º do CIRE) como a requerimento de qualquer interessado (art.º 216.º do CIRE), no prazo de 10 dias após a receção da documentação (17.º-F, n.º 5). A decisão do juiz vincula todos os credores, mesmo aqueles que não tenham participado nas negociações (art.º 17.º-F, n.º 6).

II – O processo de revitalização pode, por outro lado, ser concluído sem a aprovação do plano de recuperação, nomeadamente quando o acordo entre o devedor e a maioria dos credores – (v. art.º 17.º, n.º 3) – não seja possível, ou quando seja ultrapassado o prazo para a conclusão das negociações (art.º 17.º-G, n.º 1). Neste sentido o processo é encerrado, devendo o administrador judicial comunicar tal facto ao processo e publicá-lo no portal Citius (art.º 17.º-G, n.º 1). O devedor pode em todo o

caso pôr termo ao processo a todo o tempo, independentemente de qualquer causa, por carta registada enviada ao administrador judicial provisório, a todos os seus credores, e ao tribunal (art.º 17.º-G, n.º 5).

O devedor poderá por outro lado, iniciar o processo de revitalização caso consiga um acordo extrajudicial de recuperação, assinado pelo devedor e por credores que representem a maioria de votos prevista no n.º 1 do artigo 212.º, acompanhado pela declaração do devedor atestando que reúne condições necessárias para a sua recuperação (art.º 17.º-I). Ao acordo extrajudicial de recuperação é aplicável, *mutatis mutandis*, o regime do processo especial de revitalização.

Analisado o processo especial de revitalização, estamos agora em condições para responder a pergunta inicialmente feita, nomeadamente se estaríamos perante uma mudança de paradigma no Direito da Insolvência Português?

Cremos que não, pese embora a bondade legislativa pensamos que o primado da satisfação dos credores é ainda o objetivo principal do atual processo de insolvência, embora agora atenuado com o novo processo de revitalização. Em todo o caso continuam os credores a ter liberdade para decidir com bem entender, por outro lado, nomenclatura “plano de recuperação”, não passa disto mesmo, é um nome já a muito avançado pela doutrina e que agora é consagrado pelo CIRE, não sendo objeto de qualquer regime diferenciado. Como sabiamente refere Menezes Leitão, são meras alterações de “forma” e não de “conteúdo”²⁴². Por outras palavras é mais do mesmo.

²⁴² *Direito da Insolvência*, 4ª Edição, cit., p. 76, v. igualmente, MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6ª Edição, Almedina, 2012, pp. 45- 46.

Considerações finais

O presente trabalho teve como propósito analisar a problemática dos poderes dos credores e a sua grande amplitude no âmbito do plano de insolvência. Ora, embora tradicionalmente o regime falimentar português seja tendencialmente dirigido para o sistema da *felência-liquidação*, a verdade é que a tendência europeia segue um sentido completamente em contrário, assente na recuperação da empresa viável enquanto finalidade principal do processo de insolvência, as recomendações comunitárias vão precisamente para este sentido, e por outro lado, por imperativos de justiça material, é insofismável que as empresas viáveis economicamente devam obrigatoriamente ver a sua recuperação facilitada.

Mas isto não quer dizer que o actual CIRE seja um mau regime de todo e que se deva voltar a um regime parecido com o antigo CPEREF. *Veritas* o CIRE apresenta muito boas soluções, o problema porém é que estas são prejudicadas por outras medidas por ele previstas: A unificação do processo de insolvência, no sentido de tornar o processo mais célere é de aplaudir, porém admitir que o plano de insolvência só possa ser aprovado após a sentença de declaração de insolvência e após terem sido esgotados todos os recursos e embargos sobre o plano de insolvência, mata por completo a intenção de recuperação da empresa; atribuir total autonomia aos credores para livremente decidirem sobre o destino da empresa sem ter em conta outros interesses ou valores, contraria por completo a ideia de que o interesse particular de cada um deve sujeitar-se ao interesse público da colectividade.

O CIRE, por um lado contradiz-se ao prever medidas de recuperação da empresa para depois dificultar as mesmas, e por outro contraia a própria ideia de direito e de justiça, ao permitir que os interesses particulares dos credores se sobreponham sobre interesses públicos como a estabilidade no emprego, o crescimento económico e a harmonia social.

Passemos então as considerações finais:

I – Ora a mudança de regimes levada a cabo pelo CIRE, resultou num grande aumento dos poderes e autonomia dos credores e consequentemente numa situação mais fragilizada da empresa insolvente. Pensamos, contudo que não se tratou de uma medida razoável e que ponderasse todos os interesses em jogo. É verdade que os direitos de crédito, como direitos subjectivos que são, devem ser tutelados pela ordem jurídica, é verdade igualmente que *pacta sunt servanda*, mas não nos parece adequado e nem coerente que outros interesses, de valor igual ou superior aos dos credores, devam ser totalmente sacrificados.

II – O regime da insolvência deve ponderar entre dois conflitos de interesses: por um lado o interesse do credor, que deve ser tutelado, e por outro o interesse da colectividade na preservação da empresa viável.

III – Os interesses dos credores, por serem de carácter particular, devem sujeitar-se aos interesses públicos do bem-estar social e estabilidade económica. Contudo não queremos com isso assumir uma posição radical, no sentido de se excluir por completo os direitos dos credores e recuperar a empresa a todo o custo, pensámos sim que poderá haver lugar a uma “concordância prática” entre os vários interesses em jogo. Ou seja, embora havendo autonomia por parte dos credores nas suas decisões, estas deviam estar ainda assim limitadas ao critério da viabilidade económica da empresa, evitando-se assim a extinção de empresas viáveis²⁴³.

IV – O Estado, no âmbito dos processos de insolvência, deve deixar de ter uma aparência ou “face de jano”, na medida em que, por um lado cria um regime de insolvência que prevê medidas de recuperação da empresa, e por outro é o mesmo Estado que dificulta a execução do plano através dos seus recursos sobre o mesmo. Pelo contrário, deve ser o Estado a incentivar o recurso a medidas de recuperação e a agilizar as mesmas, no sentido de salvar empresas viáveis.

V – O atual regime da insolvência deixado para segundo plano o Ministério Público e os trabalhadores do ente insolvente. Ao MP é dado um papel secundário de

²⁴³ A mais recente crise financeira acabou por dar razão aos críticos do CIRE, a quantidade de empresas declaradas falidas foi e ainda continua a ser alarmante, tal como o é o caos social gerado pela mesma crise. O Estado e a comunidade em geral acabaram por sair duplamente prejudicados: não só perderam-se importantes fontes geradoras de riqueza, como igualmente aumentaram os encargos com os fundos de desemprego.

representante dos credores públicos, contudo e tendo em conta a especificidade da sua função, aquela magistratura deve, por imperativos estatutários e constitucionais, velar pelo interesse público no âmbito do processo de insolvência.

Os trabalhadores, por seu turno, deviam ter um papel mais decisivo do que aquele que a lei da insolvência atualmente o permite, principalmente em cede de negociação coletiva para a recuperação da empresa insolvente.

VI – Por outro lado, algumas das medidas de recuperação previstas pelo plano de insolvência (art. 198.º), são desnecessárias e desproporcionais. Desnecessárias porque prevêem que os credores possam tomar de assalto a própria sociedade, não se contentando com a propriedade económica da empresa, o que desde logo não faz sentido, e nem se percebe em que medida é que tal poderá influenciar na recuperação da empresa, e são desproporcionais na medida em que estipulam consequências excessivamente gravosas para os sócios da sociedade insolvente, como a sua expulsão, sem qualquer motivo justificativo, e sem que aqueles tenham tido influencia na situação de insolvência, sendo portanto inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade.

VII – O interesse social é primordialmente, o interesse comum dos sócios, enquanto tais, daí que a supressão do direito de preferência dos sócios no âmbito do aumento de capital só estará de acordo com aquele interesse se aquela supressão for levada a cabo pelos próprios sócios e já não pelos credores no âmbito do plano de insolvência.

VIII – Não obstante isto, os poderes dos credores no plano de insolvência, deverá ser usado conforme a sua finalidade e utilidade, não devendo servir para a satisfação dos interesses pessoais ou no sentido de prejudicar deliberadamente o devedor, sob pena de violação do princípio do abuso de direito, seja nos termos gerais (art. 334.º do CC) ou no âmbito do regime das invalidades das deliberações (*maxime* art. 58.º, n.º 1, alínea b)), neste caso com o recurso à analogia *legis*.

VIV – A nova redação do artigo 1.º, n.º 1, do CIRE e o novo processo especial de revitalização não representam uma mudança no atual regime de insolvência, a filosofia do CIRE é a mesma – a satisfação dos interesses dos credores –, embora esteja agora ligeiramente atenuada.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de

- *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 6.^a Edição, Reimpressa, Almedina, Coimbra, 2008 e vol. II, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2009

- *Da empresarialidade – As empresas no Direito*, Reimpressa, Almedina, Coimbra, 1999

- *Providências de recuperação de empresa e falência* – Boletim da faculdade de direito, vol. LXXIV, Coimbra, 1994

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do

- *A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Económico Brasileiro*, SRS Editora, São Paulo, 2008

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues

- *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, 3.^a Edição, Lisboa, 2000

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e **MOREIRA**, Vital

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

CORDEIRO, António Menezes

- *Manual de Direito Comercial*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2007

CRUZ, Sebastião

- *Direito Romano*, vol. I, 4.^a Edição, Coimbra, 1984

FERNANDES, Luís A. Carvalho e **LABAREDA**, João

- *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa Anotado*, Reimpressa, Quid Juris, Lisboa, 2009

FERNANDES, Paulo Silva

- *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*, Almedina, Coimbra

FONSECA, Gisela Teixeira Jorge

- *A natureza jurídica do plano de insolvência*, em *Direito da Insolvência – Estudos*, Rui Pinto (Coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011

HÖRSTER, Heinrich Ewald

- *A Parte Geral do Código Civil Português*, Reimpressa, Almedina, Coimbra, 2009

JÚNIOR, Eduardo Santos

- “O plano de insolvência. Algumas notas” em *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, 2007; *O Direito*, Ano 138, Tomo III, 2006

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- *Direito da Insolvência*, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2011 e 4.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2012

- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6.^a Edição, Almedina Coimbra, 2012

LIMA, Pires de e **VARELA**, Antunes

- *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997

MACEDO, Pedro de Sousa

- *Manual de Direito das Falências*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1964

MACHADO, João Baptista

- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra

MAMEDE, Gladston,

- *Manual de direito empresarial*, Atlas, São Paulo, 2005

MARTINS, Alexandre Soveral

- *Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais*, em AAVV, “Estudos de Direito das Sociedades”, Coutinho de Abreu (Coord.), 9.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2008

MARTINEZ, Pedro Romano

Direito do Trabalho, 4.^a Edição, Reimpressa, Almedina, Coimbra, 2008

NUNES, António José Avelãs

- *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, Reimpressa, Almedina, Coimbra, 2002

PINTO, Carlos Alberto da Mota

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

SERRA, Catarina

- *O Novo Regime Português da Insolvência*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008;
- *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

SILVA, Fátima Reis

- *Dificuldades da recuperação de empresa no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa*, em AAVV, *Miscelâneas do IDET*, nº 7, Almedina, Coimbra, 2011

SOUSA, Miguel Teixeira de

- *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997

Portais eletrónicos:

CORDEIRO, António Menezes

- *Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas*, in www.oa.pt.

GOMES, Larissa Silva

- *Função Social e Recuperação de Empresas – Uma abordagem sobre o prisma da ordem económica constitucional e da análise económica do Direito*, in <http://jus.com.br/revista/texto/15040/função-social-e-recuperação-de-empresas>.

- www.legislaçãodejurisprudencia.com
- www.boe.es/consultas/documento
- www.dgsi.pt
- <http://ec.europa.eu/sme2chance>
- <http://eur-lex.europa.eu>
- www.doingbusiness.org
- www.gesetze-im-internet.de
- www.law.cornel.edu